

中国法院2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

刑事案例

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

简便易用　权威实用

汇集全国各地法院最新审结的典型案例，分卷分类编排

高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点，剔除无效信息

主审法官撰写“法官后语”，展现法律适用方法和裁判思路

不论您是法官、律师，还是案件当事人，本书力争最大限度地为您节约查找和阅读案例的时间，使您获得真正有用的信息。



ISBN 978-7-5093-5096-6
9 787509 350966

定价：48.00元



中国法院
2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

刑事案例

《中国法院年度案例》编辑人员（按姓氏笔画）

边疆戈　关　毅　刘　畅　苏　烽　孟　军

罗胜华　赵丽敏　唐世银　曹士兵　曹海荣

梁　欣　温培英　程　瑛

本书编审人员：梁　欣

中国法制出版社

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2014年度案例·刑事案例/国家法官学院案例开发研究中心编.—北京：中国法制出版社，2014.3

ISBN 978-7-5093-5096-6

Ⅰ.①中… Ⅱ.①国… Ⅲ.①刑事诉讼法-案例-汇编-中国 Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第012554号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）
责任编辑：冯婕（fengjie926@sina.com）、周琼妮

封面设计：温培英、李宁

中国法院2014年度案例·刑事案例

ZHONGGUO FAYUAN 2014 NIANDU ANLI · XINGSHI ANLI

编者/国家法官学院案例开发研究中心

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730×1030毫米 16　　印张/16.75　字数/217千

版次/2014年3月第1版　　2014年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-5096-6　　定价：48.00元

北京西单横二条2号　　值班电话：66026508

邮政编码100031　　传真：66031119

网址：http：//www.zgfzs.com　　编辑部电话：010-66066620

市场营销部电话：010-66033393　　邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

序

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型案例丛书，以后每年初定期出版，由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作。此前，该中心已经坚持20年不辍连续编辑出版了《中国审判案例要览》丛书，凡80卷，分中文版和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。现在该中心又编辑出版《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。该丛书2012及2013年出版以后，受到读者的广泛好评，并迅速售罄，国家法官学院案例开发研究中心及时编撰推出《中国法院2014年度案例》系列。为响应读者需求，2014年度新增3个分册：金融纠纷、行政纠纷、刑事案例。

总的说来，当前市面的案例丛书大多“不好读”，存在篇幅长、无效信息多、案例情节杂、缺乏深加工等不足。《中国法院年度案例》丛书试图把案例书籍变得“好读有用”，故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000字以内；二是突出争议焦点，削除无效信息，尽可能在有限篇幅内为读者提供有效、有益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写“法官后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，本丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例开发研究中心平均每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案例超过10000件，《中国法院年度案例》有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检索。为节约读者选取案例的时间，丛书分卷细化，每卷下还将案例分类编排，每个案例用一句话概括焦点问题作为主标题，让读者一目了然，迅速发现需要的案例。

总之，编辑《中国法院年度案例》就是为了让案例类书籍简便、易用，这既是

本丛书的特点，也是编辑出版这套丛书的理由。当然，案例作者和编辑在编写过程中也不能一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿意承担责任，并不断改进。

在信息社会，流行快餐文化，纸质类媒介往往输给数字化媒介。在此情景下，中国法制出版社全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大的鼓励。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善，做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍的新路，更好地服务于学习、研究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

目　录

Contents

一、刑法总论

二、共同犯罪

三、刑罚的具体运用

四、危害国家安全罪

五、危害公共安全罪

六、破坏社会主义市场经济秩序罪

七、侵犯公民人身权利、民主权利

八、侵犯财产罪

九、妨害社会管理秩序罪

十、危害国防利益罪

十一、贪污贿赂罪

十二、渎职罪

一、刑法总论

1

被告人对原始户籍登记年龄提出异议时，如何认定刑事责任年龄

——尹某等故意伤害、盗窃案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

新疆生产建设兵团农八师中级人民法院（2012）兵八刑终字第68号刑事判决书

2. 案由：故意伤害罪、盗窃罪

【基本案情】

2012年2月16日凌晨2时许，被告人尹某、丁某、刘某与王大等窜至新疆石河子市天美洗浴中心一楼男宾更衣室，撬开失主王某存放衣物的91号储物柜，窃取现金2000元。赃款已挥霍。

2012年2月13日9时许，被告人尹某、丁某、刘某和王小从新疆石河子市东明新村中国银行门口经过时，尹某与被害人王阳某相撞，双方为此发生争执继而厮打。后尹某等人追打被害人王阳某未果。同月16日9时许，尹某等人在石河子市东一路9路车站台处发现被害人王阳某，尹某和王小即拿出携带的折叠刀，丁某与刘某上前殴打被害人王阳某。期间，尹某持刀朝被害人王阳某背部连捅数刀，致被害人王阳某开放性胸部刀刺伤、左侧血气胸，构成轻伤，刘某对其户籍登记年龄提出异议。

【案件焦点】

如何认定被告人刘某的年龄。

【法院裁判要旨】

新疆维吾尔自治区石河子市人民法院经审理认为：被告人尹某、丁某、刘某共同窃取他人现金2000元，数额较大，其行为均已构成盗窃罪；三被告人因琐事持刀故意伤害他人身体，致一人轻伤，其行为又均构成故意伤害罪。被告人刘某的出生日期应以原始的户籍登记为准，其犯罪时已满18周岁。

新疆维吾尔自治区石河子市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第二百三十四条第一款、第二十五条第一款、第六十九条、第十七条第二、三款、第六十四条、第六十一条、第五十二条、第五十三条的规定，作出如下判决：

一、被告人尹某犯盗窃罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民币2000元；犯故意伤害罪，判处有期徒刑二年零六个月，合并决定执行有期徒刑三年，并处罚金人民币2000元。

二、被告人丁某犯盗窃罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民币2000元；犯故意伤害罪，判处有期徒刑二年，合并决定执行有期徒刑二年零六个月，并处罚金人民币2000元。

三、被告人刘某犯盗窃罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民币2000元；犯故意伤害罪，判处有期徒刑二年，合并决定执行有期徒刑二年零六个月，并处罚金人民币2000元。

四、没收作案工具折叠刀二把、起子一把。

尹某、丁某、刘某分别以原判量刑偏重等为由提出上诉。

新疆生产建设兵团农八师中级人民法院经审理认为：原判认定的犯罪事实清楚，但量刑偏重。刘某2008年在一三四团中心团场小学就读时的学籍登记表反映其当时自报出生日期为1995年9月，结合本案其他证据，认定其犯罪时未满18周岁。

新疆生产建设兵团农八师中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第一款、第二百六十四条、第二十五条第一款、第六十九条、第十七条第一、三款、第五十二条、第五十三条、第六十一条、第六十四条，《最高人民法院

关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第十三条，《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）、（三）项之规定，作出如下判决：

一、维持石河子市人民法院（2012）石刑初字第220号刑事判决的第四项；

二、撤销石河子市人民法院（2012）石刑初字第220号刑事判决的第一、二、三项；

三、上诉人（原审被告人）尹某犯盗窃罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币1000元；犯故意伤害罪，判处有期徒刑二年零二个月，合并决定执行有期徒刑二年零八个月，并处罚金人民币1000元；

四、上诉人（原审被告人）丁某犯盗窃罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民币2000元；犯故意伤害罪，判处有期徒刑一年零八个月，合并决定执行有期徒刑二年零四个月，并处罚金人民币2000元；

五、上诉人（原审被告人）刘某犯盗窃罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币1000元；犯故意伤害罪，判处有期徒刑一年零六个月，合并决定执行有期徒刑二年，并处罚金人民币1000元。

【法官后语】

在刑事审判实践中，被告人的刑事责任年龄直接关系到对其是否追究刑事责任和如何承担刑事责任，是影响定罪量刑的关键因素之一。由于部分地方户籍管理不规范，登记资料混乱或缺少原始资料；有些人为了规避计划生育、上学、当兵等，随意报大年龄、报小年龄、更改年龄；有些人系违反计划生育政策超生，没有进行过户籍登记；有些人出生几年后才申报户口；有些人按照农历申报年龄等等原因，造成部分被告人的年龄难以查明。

被告人对实际年龄提出异议或者司法机关有疑义时，应当多方查证核实。如果有充足证据认定户籍登记的年龄有误，那么就应以查明的实际年龄来认定。经过反复调查，确实查不清的，应当按照从宽原则予以掌握。

具体到本案，一、二审对被告人刘某年龄的认定出现了分歧。一审法院认为刘某在侦查阶段供称的出生日期、上学经历与原始户籍登记一致，应以原始户籍登记认定其年龄。二审期间，刘某亲属仍无法提供出生证明，但提供了一三团中心团场小学的学籍登记表，经过法院核实，证实刘某2008年3月在该校上五年级时自报

的出生日期为1995年9月1日，很可能在第一次申报户口时报大了3岁。因此，二审法院对现有证据综合分析，按照变更后的户籍登记认定其出生日期为1995年9月25日，其犯罪时未满18周岁。

《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条第一款规定："对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应的法定刑事责任年龄。"《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第四十条规定："审查被告人实施犯罪时是否已满十八周岁，一般应当以户籍证明为依据；对户籍证明有异议，并有经查证属实的出生证明文件、无利害关系人的证言等证据证明被告人不满十八周岁的，应认定被告人不满十八周岁；没有户籍证明以及出生证明文件的，应当根据人口普查登记、无利害关系人的证明等证据综合进行判断，必要时，可以进行骨龄鉴定，并将结果作为判断被告人年龄的参考。"上述司法解释是审查被告人刑事责任年龄的基本原则。

相关司法解释规定了对被告人刑事责任年龄审查的原则，关于具体操作，笔者认为，一般情况下应当以户籍证明为依据；对户籍证明有异议的，应以查证属实的出生证明文件为准；如果没有出生证明文件的，应根据人口普查登记资料、无利害关系人的证言、儿童预防接种登记资料、学籍登记资料、农村分配土地和宅基地登记资料等证据综合判断。由于现阶段骨龄鉴定只能测度出一个年龄区间，不能确定被告人具体年龄，只能作为辅助性的参考依据。随着科技发展水平的提高，将来骨龄鉴定可能测定一个具体年龄，精确到月，那么就可以作为定案的证据。如果确实无法查明被告人的年龄是否已满14周岁、16周岁、18周岁三个重要刑事责任年龄界点的，应从有利于被告人的原则而对其年龄作出推定。

编写人：新疆生产建设兵团第八师中级人民法院　张君

2

没有证据证明被告人实施犯罪时已达到法定刑事责任年龄是否应减轻处罚

——陈某等抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省连云港市中级人民法院（2012）连刑再终字第0003号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪

【基本案情】

2008年9月20日左右的一天晚上，被告人陈某与龚某、沈某在连云港市新浦中学附近路上，持刀对被害人丁立某进行威胁，抢劫丁立某人民币300余元及手机一部。2008年9月21日凌晨，被告人陈某与龚某在连云港市新浦区繁荣路一巷口处，共同拦截被害人丁书某，见丁书某没有停留，被告人陈某追上前抢劫丁书某的背包一只，内有人民币200余元及银行卡等物品。

原审公诉机关指控原审被告人陈某的出生日期为1990年3月1日，该出生日期是户籍登记出生日期；抗诉时公诉机关变更指控原审被告人陈某的出生日期为1990年9月17日，该出生日期是儿童计划免疫记录卡登记出生日期。原审被告人陈某在公安机关供述1990年3月1日出生，与户籍登记相符；一审庭审时供述农历1990年8月29日出生，与辩护方提供的多名证人出庭证言吻合。原审被告人陈某父母的证词多次反复，而且其父亲与一审出庭的四名证人均因涉嫌妨害作证罪现已被提起公诉。另外，原审被告人陈某小学入学登记的出生日期为1990年8月29日；1990年7月3日第四次全国人口普查表上未填写“陈某”。

【案件焦点】

对没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，再审时法院是否应当依法作出有利于未成年被告人的认定和处理。

【法院裁判要旨】

连云港市新浦区人民法院审理认为：被告人陈某的出生时间，因公诉机关所举的证据不足以证明被告人陈某在实施犯罪时已经达到18周岁，且被告人陈某的出生登记（包括预防接种记录）材料因有关单位保管不善而丢失，结合其辩护人所举的证据，依法认定被告人陈某的出生日期为农历1990年8月29日（公历10月17日），即犯罪时未成年。结合其他犯罪情节，遂认定被告人陈某犯抢劫罪，判处有期徒刑一年零六个月，并处罚金2000元。

判决发生法律效力后，连云港市人民检察院抗诉认为，对原审判决认定的犯罪事实无异议，但认定被告人陈某的出生日期错误，有证据证明被告人陈某的出生日期是1990年9月17日，犯罪时属成年人，应在三年以上十年以下有期徒刑幅度量刑。

连云港市中级人民法院指令连云港市新浦区人民法院再审本案，该院再审认为，原审两个出生日期均系登记人从他人处打听得来，也未与原审被告人陈某的监护人核实，存在诸多疑点、矛盾。即无法排除原审被告人陈某实施起诉书指控的犯罪时未满18周岁。本案应依法推定被告人陈某犯罪时系未成年人，故原审判决认定被告人陈某实施犯罪时系未成年人，认定准确，适用法律正确，量刑并无不当，遂裁定维持原审判决。

宣判后，检察院向本院提出抗诉，仍坚持原抗诉意见。再审认为，1990年7月3日灌云县鲁河乡前腰村第四次全国人口普查表系传闻证据，且无其他证据印证，无证明效力。但是综合本案全部证据，无法充分证明原审被告人陈某实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明，应依法推定其实施本案犯罪时系未成年人。

连云港市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第一项、第二百零六条之规定，作出裁定如下：

驳回抗诉，维持连云港市新浦区人民法院（2011）新刑再初字第0002号刑事裁定。

【法官后语】

关于原审被告人陈某的出生日期，纵观全案先后出现了4个不同版本的出生日期：1.1990年3月1日的来历，这是一审公诉机关指控的出生日期，主要依据是户籍登记。经过调查发现，户籍登记没有出生证明佐证，也无其他原始证据加以证实。2.关于农历1990年8月29日的来历，这是陈某1997年秋季小学入学时的登记日期。经调查发现，不能确定该日期是农历还是公历，而且系家长口述。3.关于1990年9月17日的来历，来源于检察院办理朱某徇私枉法案件时，调取了灌云县鲁河乡前腰村1990年出生儿童计划免疫记录卡。经调查发现，该记录卡存在个别错误之处，与公安机关户籍登记日期不符。同时，原审被告人陈某父母坚持认为没有在村里打过防疫针，与村医刘凤英再审一审时的出庭证言相印证。4.关于1990年7月3日尚未出生的来历，来源于再审一审期间出现的一份新证据，即1990年7月3日灌云县鲁河乡前腰村第四次全国人口普查表，该表登记了"陈树某、吴运某"，未登记"陈某"，即当时原审被告人陈某尚未出生。经调查发现，该表系普查员陈某从邻居处打听后代为申报，而且该表登记的陈树某出生年月1966年12月，与身份证日期1966年10月、自己陈述的实际出生年月1966年11月均不符。所以，该普查表也系传闻证据，内容也不准确。

综上，对没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，人民法院应当依法作出有利于未成年被告人的认定和处理，本案依法推定原审被告人陈某犯罪时系未成年人。一审认定农历1990年8月29日、再审一审认定人口普查表，虽然认定不当，但均因认定原审被告人陈某系未成年人而减轻处罚，判决结果并无不当，故应予维持。

编写人：江苏省连云港市中级人民法院　刘井鑫

3

明知他人情绪激动发病有生命危险，仍辱骂致其发病死亡，应承担相应的刑事责任

——吴某过失致人死亡案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省连云港市中级人民法院（2011）连刑终字第0030号刑事附带民事判决书

2. 案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

被告人吴某的丈夫胡某与被害人邱某在2003年合伙做工程，2005年结束，吴某夫妻认为邱某欠其工程款2000元，双方为此产生纠纷。2006年邱某患脑血栓，吴某夫妻曾前往医院探望邱某。邱某患病后，对吴某夫妻提出的欠款2000元一事予以否认，吴某为此产生气愤情绪。后吴某多次向邱某索要所谓的欠款2000元，遭到邱某的拒绝，吴某即多次辱骂邱某。2009年11月22日下午，吴某在新浦区南城镇“金世纪”超市遇见邱某，再次向邱某索要欠款，并当众辱骂邱某，后邱某至医院治疗。当晚，邱某妻子武某等人至吴某家告知吴某，邱某当天因被骂到医院治疗，并告诫吴某，邱某身体不好，不能再辱骂邱某。11月23日下午14时左右，吴某骑三轮车带其孙女回家途中，在新浦区南城镇城隍庙路口和邱某相遇，再次发生争吵，吴某以邱某欠款为由当众辱骂邱某，邱某抱住三轮车车轮不让其离开，吴某即摇晃三轮车、推搡被害人邱某。后二人被他人拉开。当天16时许，吴某、邱某至南城派出所接受调解。调解过程中，二人为债务纠纷再次发生争吵，后邱某欲站立时突然倒地，经抢救无效于当日17时10分左右宣布死亡。经法医鉴定，邱某系

外伤、情绪激动等因素诱发冠心病猝死。

公诉机关以被告人吴某故意杀人，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十二条的规定，应当以故意杀人罪追究其刑事责任。辩护人认为公诉机关指控被告人吴某构成故意杀人罪事实不清，证据不足，不能成立。

【案件焦点】

明知他人患有疾病，情绪激动易发病，有生命危险，仍进行辱骂，导致被害人冠心病发作，是否应承担相应的刑事责任。

【法院裁判要旨】

连云港市新浦区人民法院经审理后认为，被告人吴某在其夫妻与被害人邱某发生债务纠纷后，不是通过诉讼等合法途径予以解决，而是在知道被害人邱某曾患有脑血栓、身体不好的情况下继续自行索债，当索债未果时又辱骂被害人。至案发前一天，被害人被其辱骂后，被害人亲属即专程上门告知被告人，被害人身体不好，不能再辱骂。但之后当被告人与被害人相遇发生争执时，被告人虽然自称没有追求被害人死亡的故意，但疏于对危害后果的充分认识，再次辱骂并推搡被害人。后双方在派出所进行调解时又再次发生争吵，被害人最终因外伤、情绪激动诱发冠心病猝死。被告人的行为符合过失致人死亡罪的特征。公诉机关指控被告人吴某犯故意杀人罪，指控罪名有误，依法予以纠正。被告人吴某过失致人死亡，其行为已构成过失致人死亡罪，应依法追究其刑事责任。依照《中华人民共和国刑法》第二百三十三条、第三十六条第一款，《中华人民共和国民法通则》第一百一十九条，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十七条第三款、第二十七条、第二十九条的规定，判决如下：

一、被告人吴某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑六年。

二、被告人吴某于本判决生效后30日内一次性赔偿附带民事诉讼原告人武某、邱甲、邱乙、邱丙损失人民币256099.80元。

三、驳回附带民事诉讼原告人武某、邱甲、邱乙、邱丙等其他诉讼请求。

被告人吴某不服提出上诉，连云港市中级人民法院经审理后认为，上诉人吴某明知其辱骂行为容易导致被害人情绪激动，易诱发其自身疾病的情况下，疏于对危害后果的充分认识，当其与被害人相遇再次发生争执时，辱骂并推搡被害人，后双

方在派出所进行调解时又再次发生争吵，被害人最终因外伤、情绪激动诱发冠心病猝死，其行为符合过失致人死亡罪的特征。被告人吴某过失致人死亡，其行为已构成过失致人死亡罪，应依法追究其刑事责任。原审法院认定事实清楚，证据确实充分，审理程序合法，定性准确。但上诉人在本案中应负有的刑事责任与其应受的刑罚并不一致，原审判决量刑不当，应予改判，上诉人（原审被告人）吴某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑三年。

【法官后语】

本案焦点在于辱骂他人，造成他人情绪激动，引发被害人自身疾病，继而导致被害人死亡的情况下，是否应承担刑事责任？

从犯罪构成来看，首先主观方面，被告人是完全行为责任能力人，并且知道被告人曾患有脑血栓，身体不好，因此被告人有预见义务和预见能力。在被害人拒绝偿还债务时，不是通过合法途径索要，而是对被害人辱骂，并在被害人拦住其索要医药费、不让被告人离开时伤害被害人，本应预见到由此可能造成的危害后果，但是出于气愤，疏忽了对危害后果可能发生的认识，以致使被害人因外伤、情绪激动，诱发冠心病发作而猝死，显属疏忽大意的过失。

其次，客观方面，被告人实施了辱骂、伤害被害人的行为，并且被害人死亡系因外伤、情绪激动诱发冠心病猝死。

再次，被告人辱骂、推搡行为与被害人的死亡存在刑法上的因果关系。

刑法上的因果关系是指人的危害行为与危害结果之间的因果关系。因果关系分为必然因果关系和偶然因果关系，存在必然因果关系时，一定具备刑法意义上的因果关系。但是对于偶然因果关系，目前通说认为可以作为刑事责任的客观基础。被害人的死亡往往与危害行为等多种客观条件相结合所致。有的危害行为施加于一般人不会发生明显的伤亡结果，但是施加于特定的人却能产生伤亡的结果。在此情况下，不能以被害人自身有病而否认行为与伤亡的因果关系。通常偶然因果关系也具备刑法上的因果关系。一般情况下，偶然因果关系对量刑具有一定的影响。就本案而言，被害人的特异体质是导致其死亡的根本原因，被告人的行为只是诱因。但危害行为与危害结果存在刑法上的因果关系。

最后，案发当日，是邱某首先挑起事端，其明知自身有病，情绪不能过于激

动，仍然主动拦住被告人吴某，并索要医药费，进而引发争执，其在当日的纠纷引发上存在过错。后邱某去派出所要求处理此事，派出所未充分了解双方当事人情况，就将已经回家的被告人吴某带至派出所，且没有妥善安抚好双方的对立情绪，就将双方面对面的安排坐在一起了解情况，导致原本暂时平息的双方再次争吵，继而诱发了被害人自身的疾病。

综合全案情况，应认定被告人过失致人死亡罪名成立，但其情节轻微，在本案中应负有的刑事责任与其应受的刑罚并不一致，原审判决量刑不当，应予改判。

编写人：江苏省连云港市中级人民法院　金琳

4

从罪过心理的认识与意志因素判断行为人的罪过形式

——苏某过失致人死亡案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市南长区人民法院（2012）南刑初字第0101号刑事判决书

2. 案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

2006年9月20日晚8时许，被告人苏某在其租住的房屋后门口附近，因被害人张某酒后冤枉其盗窃身份证并对其谩骂而与张某发生口角，被邻居张武某劝开后不久，张某又至苏某处对苏某谩骂，苏某遂用手击打张某脸部一巴掌，致张某倒地不醒。嗣后，被告人苏某在邻居张武某的提醒下用手机拨打了120急救电话和110报警电话。被害人张某经送无锡市第二人民医院抢救无效于次日死亡。经无锡市公安局法医检验，死者张某右眼内侧有一处皮下青紫出血，大小为1.5cm×1cm，上唇黏膜破损伴皮下出血，大小为2cm×1.5cm，相应部位齿龈黏膜出血，左枕部有一处表皮剥脱伴皮下出血，大小为3cm×2cm。解剖：右颞枕部头皮下广泛出血，

左枕骨骨折，右颞硬膜外血肿，大小为6cm×5cm，右颞硬膜下广泛血肿形成，脑肿胀、小脑扁桃体疝形成。分析：依检验所见，死者张某硬膜外、下血肿形成，脑肿胀、脑疝形成，由此分析，死亡原因是颅脑损伤。死者张某右颞部的皮下出血为外力打击所致，左枕部的损伤为与硬物碰撞所致；右眼、唇部的损伤系遭外力打击所致。结论：死者张某是由于右颞部遭外力打击、枕部与硬物碰撞致颅脑损伤而死亡。

公诉机关认为被告人苏某因被害人张某酒后无故对其谩骂，二人发生口角，被告人苏某遂用手击打张的右脸颞部，致张倒地受伤，经送医院抢救无效死亡。经无锡市公安局法医鉴定，张某系后头枕部与硬物碰撞，颅脑损伤而死亡。被告人苏某故意伤害他人身体，致人死亡，应当以故意伤害罪追究其刑事责任。被告人苏某到案后，如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。建议判处其有期徒刑十年至十三年。

被告人辩称其没有伤害被害人的故意，是被害人先打其一巴掌，其抬手挡了一下才导致被害人倒地的。

【案件焦点】

被告人苏某的行为是故意犯罪还是过失犯罪。

【法院裁判要旨】

被告人苏某与被害人张某系邻里关系，双方以前并无怨仇，被告人苏某在受到张某冤枉并谩骂的情况下，与张某发生口角，并击打张某一巴掌致张倒地。被告人苏某一个巴掌的行为在客观上不具有致害的高度危险性，故可认定苏某对张某不具有伤害故意，仅具有殴打故意。本案中苏某的行为对于张某的死亡虽有原因力作用，但张某死亡的直接原因是由于其酒后被打站立不稳倒地，致使脑枕部与硬物碰撞致颅脑损伤这一介入因素。综合本案的起因、击打的次数、力度、部位及被害人死亡的原因等情况，认定苏某的行为构成过失致人死亡罪更符合社会公众的一般认识和接受程度。对辩护人提出的被告人苏某不具有犯罪故意、打击行为与被害人死亡结果间无因果关系的辩护意见不予采纳。据此，被告人苏某的行为构成过失致人死亡罪，依法应处三年以上七年以下有期徒刑。被告人苏某归案后如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。被告人苏某系初犯、偶犯，能积极赔偿被害人家属经济损失，取得对方谅解，可酌情从轻处罚。江苏省无锡市南长区人民法院依照《中华人

民共和国刑法》第二百三十三条、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

犯罪人苏某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑四年。

【法官后语】

本案最大的争议在于行为人是故意犯罪还是过失犯罪，对此，必须从认识因素和意志态度两个方面来考察行为人的罪过心理表现形式，才能得出正确的结论。

1. 在认识因素上，犯罪故意要求“明知行为会发生危害社会的结果”，而犯罪过失则重在有无“预见行为会发生危害社会的结果”。“明知”与“预见”在认识程度上有所差异。“明知”是在对行为性质认识的基础上，对行为发生危害结果的判断，包括认识到危害结果的可能发生，其对危害结果发生的可能性程度给予了较高估计。而在“预见自己的行为可能发生危害社会的结果”中，行为本身通常不具有加害性，伤害可能性程度较“明知”认识程度低。虽然行为仍具有一定程度导致危害结果发生的风险性，但是这种风险性能否转化为实际的侵害，主要取决于行为实施的方式以及行为人的注意程度。因此行为本身的性质就决定了行为导致危害结果发生的可能性程度越高，行为人认识程度也越高，此种主观认识则应归入“明知”的认识范畴，相反则为“预见”范畴。本案中，行为人在纠纷中用手击打对方一巴掌，该行为没有使用器械工具，不针对人体要害部位，且无持续性击打，对被害人造成重大伤害的可能性较小，因此，其对重伤的发生存在“预见”而非“明知”。

2. 意志态度是鉴别故意与过失的另一方面，其表征着行为人程度不同的主观恶性，对结果发生发挥决定作用。犯罪间接故意与犯罪过失虽然都不希望危害结果的发生，但二者对危害结果的态度仍是不同的。间接故意行为虽然不希望结果发生，但也不排斥，而是听之任之，有意放任。而过失行为人在认识和主观心理上都是采取排斥、反对危害结果发生的态度。本案中，被害人右颞部损伤是行为人击打行为的直接后果，而被害人枕部与硬物碰撞致颅脑损伤这一死亡结果是加害行为的附带后果。被告人实施危害行为所发生的直接后果没有达到犯罪成立的危害程度，但其附带发生的危害结果却达到了犯罪的严重程度，因此，行为人对被害人死亡的危害结果的主观心态与其击打被告人脸部的主观心态完全不同。另外，在危害结果发生后，行为人处理问题的态度也在一定程度上反映出行为时的主观心态。本案

中，被告人事后拨打了110和120，采取了适当的补救措施，虽然没有避免死亡结果发生，但说明其主观上是排斥危害结果的发生。犯罪过失除了对损害结果持消极态度外，还表现在行为人不履行注意义务。本案行为人在愤怒情绪下，攻击被害人力度失控，其行为已具有非难可能性，在此基础上行为人生成了避免对方因击打行为而摔倒磕碰死亡的注意义务。如果此危害结果发生，行为人就因违反了该结果避免义务而构成过失犯罪。

法院在处理此类具体案件时，要准确判断行为人是具有伤害的故意还是过失，需要仔细考察加害行为的性质，衡量行为产生的风险转化为实际危害结果的现实可能性程度，并结合行为人对最终危害结果的主观认识以及对结果避免义务的注意程度，即通过探究行为人罪过心理的认识因素与意志因素两方面后做出正确裁判。

编写人：江苏省无锡市南长区人民法院　潘佳

5

行为人在精神病发病期犯罪的刑事责任能力认定及量刑

——汪某故意伤害案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2011）沪一中刑终字第830号刑事判决书

2. 案由：故意伤害罪

【基本案情】

2011年3月31日20时30分许，被告人汪某从日本搭机返回上海浦东国际机场时，因为索要留日学费及生活费未果而与前来接机的母亲顾某发生不快。在行至机场2号候机楼中步行道近旅客会合点处时，被告人汪某从携带的包内拿出防身用的两把尖刀，对被害人顾某头部、手臂、腹部、背部多处进行砍、刺，被害人顾某因刀伤致头皮部、胸腰背部、腹部、左臀部、双上肢多处列创，伴左侧血气胸、

肝、胃、脾破裂、左肝静脉破裂、腹腔积血、右手肌腱断裂，经鉴定，被害人顾某的伤势已构成重伤。

被告人汪某当场被抓获后如实供述上述犯罪事实。另查明，被告人汪某具有精神分裂症，本案中评定为限制刑事责任能力，具有受审能力。

公诉机关认为，被告人汪某已构成故意伤害罪，当处三年以上十年以下有期徒刑；同时具有限定刑事责任能力，到案后系坦白，依法提请法院审判。

被告人汪某对起诉书指控的基本事实和罪名无异议。辩护人认为被告人患有精神分裂症，案发时完全丧失辨认控制能力，不构成犯罪，不应负刑事责任。被害人顾某认为被告人案发时处于发病期，是无辜的，要求对被告人从轻处罚。

【案件焦点】

1. 精神病人发病期间犯罪是否不负刑事责任；2. 对精神病人的刑事处罚之裁量。

【法院裁判要旨】

上海市浦东新区人民法院经审理后认为：被告人汪某故意伤害他人身体，致一人重伤，其行为已构成故意伤害罪。综合考虑本案的起因、被告人的主观恶性、犯罪手段与危害后果，根据我国宽严相济的刑事政策，依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条、第十八条第三款、第六十七条第三款、第六十四条之规定，判决被告人汪某犯故意伤害罪，判处有期徒刑三年六个月。犯罪工具二把尖刀予以没收。

判决后，被告人汪某不服提出上诉，上诉人对原判认定的事实和证据没有异议，诉称其患有精神病，不应承担刑事责任。辩护人提出：1. 刑法没有对限定责任能力作出明文规定，原判认定上诉人汪某系限定责任能力人，判决汪某承担刑事责任违背罪刑法定原则。2. 对汪某所进行的司法精神病鉴定中，没有对汪某的辨认能力作出鉴定，也没有鉴定汪某的控制能力削弱到什么程度，因此，不能证明上诉人汪某有罪。上诉人汪某系精神分裂症患者，属重性精神疾病，要求二审对汪某作出无罪判决，并保证精神病人的治疗权利。

二审法院认定原审法院确认的事实属实，并认为，本案诉讼过程中，公安机关委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对上诉人汪某的精神状态、刑事责任能

力、受审能力进行鉴定符合司法解释的规定。故驳回上诉，维持原判。现案件已经生效。执行过程中，执行部门提出被告人处于精神病发病期，具有法律规定的不适宜关押的情况，申请法院决定是否监外执行。后经法院审查，决定暂于监外执行。

【法官后语】

1. 精神病人发病期间犯罪是否不负刑事责任

本案审理中，辩护人提出根据鉴定报告被告人案发时处于精神病发病期间，鉴定报告书上明确记载系“自知力无”，因此依法不具有刑事责任能力、不构成犯罪。法院经审理认为，被告人汪某案发时精神状态和刑事责任能力的状况，应当以依法作出并经过庭审质证的相关司法鉴定意见书的结论为依据，综合案情予以认定。司法鉴定意见书上所称的“自知力无”，是指“谈及在日本遭受的种种不如意时则显得情感欠协调，主动意志活动病理性增强，记忆、智能尚可，自知力无”，即被告人汪某在谈及日本经历时对自身患有精神疾病的病情没有主观认识，缺乏“自知力”，而不是指被告人案发时对自身行为丧失了辨认和控制能力，因此以“自知力无”来否定被告人具有刑事责任能力是片面的，更是对“自知力”的误读；对该司法鉴定意见应当全面、客观地理解。根据我国《刑法》第十八条的规定，精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，根据该鉴定意见，并结合本案具体情况可以看出，被告人案发时虽处于精神分裂症发病期间，但尚未完全丧失辨认控制自己行为的能力，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。本案中，应当根据被告人精神疾病的具体发病情况，该病情与案发时辨认控制能力的关系和影响等方面进行具体认定。本案被告人虽然处于精神疾病的发病期，但尚有部分辨认控制能力，应认定为具有限定刑事责任能力，仍应当承担刑事责任。

2. 对精神病人的刑事处罚之裁量

被告人系精神病人且具有限制刑事责任能力的，量刑时要根据犯罪手段、主观恶性、刑事责任能力大小、危害后果及案发后认罪态度、社区意见等综合考虑，必

要时可对判处监禁刑并处于精神病发病期的被告人以监外执行的方式进行治疗。对精神病人的刑罚首先应当考虑行为的社会危害性和行为人主观恶性的大小。具体考量的因素包括：首先，被告人精神病情况的严重程度与否。精神病情越严重，行为社会危害性越小，反之越大；其次，被告人手段的危害程度、危害后果的严重性；再次，被告人的人身危险性程度，包括对社区的危险程度、到案情况，认罪坦白情况等等综合考虑，并考虑被告人的病情和治疗情况。

编写人：上海市浦东新区人民法院　肖波

6

见义勇为行为也会产生作为义务

——王某、肖某过失致人死亡案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市北塘区人民法院（2012）北刑初字第0026号刑事判决书

2. 案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

2011年7月27日凌晨4时左右，被告人王某、肖某听到在其负责的拆迁工地拆迁房中有异常响声，被告人肖某即持就地取得的木条与被告人王某一起前往查看，在一楼楼梯口发现一绿色蛇皮袋，袋中装有电线，二被告人确定有人在偷窃，走至二楼发现原来在公共厕所边上的木梯被搬至二楼到三楼的楼梯口，走上三楼时发现被害人宋某正在拉扯室内电线，被告人肖某即用木条对被害人宋某头部击打一下（经法医鉴定，被害人枕部可见0.7cm的创口，符合钝性暴力形成）。被告人王某脱下被害人宋某的鞋子，并将鞋子扔至楼外。被告人王某、肖某等人将被害人宋某及木梯带至北塘区后蓉湖庄147号，被告人肖某之妻及被告人王某拨打110报警。随后，被告人王某责令被害人宋某将木梯搬至北塘区后蓉湖庄某号，期间，被

害人宋某乘隙向附近的山东浜河道方向逃跑，并跳入河内游向对岸，二被告人追上后见被害人宋某已无力继续游动，被告人肖某先持木条施救，后又按被告人王某的吩咐跳入河内施救未果，但见被害人宋某沉入水中，二被告人未再进一步采取其他有效措施。后被告人王某指使被告人肖某等人向公安机关隐瞒真相。公安民警到达现场后，被告人王某、肖某均向民警隐瞒真相。被害人宋某最终溺水死亡。

公诉机关认为：被告人王某、肖某过失致人死亡，情节较轻，其行为均触犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十三条的规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以过失致人死亡罪追究其刑事责任。

【案件焦点】

理论和实践双重角度分析，见义勇为行为能否产生作为义务。

【法院裁判要旨】

被告人王某、肖某在凌晨时间，对有盗窃嫌疑的被害人宋某殴打，被害人宋某为摆脱控制乘隙逃跑并自行跳入河中，二被告人预见到其行为可能产生的后果，自认为被害人能脱离危险，并向接处警民警隐瞒真相，最终被害人溺水死亡，其行为均已构成过失致人死亡罪，情节较轻。被告人王某、肖某在侦查阶段虽未主动投案，但能如实供述自己的罪行，依法可以从轻处罚。公诉机关指控被告人王某、肖某犯过失致人死亡罪的事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，指控罪名成立。二被告人已与被害人家属达成赔偿协议，取得被害人家属的谅解，且被害人也存有过错，可以酌情从轻处罚。被告人王某、肖某的辩护人提出二被告人归案后如实供述自己的罪行，主动赔偿被害人损失，取得被害人家属的谅解，请求从宽处罚的辩护意见，符合事实和法律的规定，予以采纳。综合上述情节，本院认为被告人王某、肖某犯罪情节轻微，不需要判处刑罚。

根据罪责刑相适应的原则，依照《中华人民共和国刑法》第二百三十三条、第六十七条第三款、第三十七条之规定，判决被告人王某犯过失致人死亡罪，免予刑事处罚。被告人肖某犯过失致人死亡罪，免予刑事处罚。

【法官后语】

关于救助义务的来源，有不同的学说。但是都认可如果行为人的先行行为导致

了危险状态的产生，就会产生救助义务。本案中的特殊之处在于，被害人首先实施了违法行为。就是由于被害人深夜在被告人所负责的拆迁工地进行盗窃，才有被告人后来的打击等行为的。那是不是因为被害人的违法行为在先，就可以免除被告人的先行行为所产生的救助义务呢？答案是否定的。因为被害人的盗窃行为侵害的只是被告人的财产权益，而被告人的打击追赶等先行行为致使被害人跳河逃跑，使被害人的生命健康权益处于危险的境地。如甲到深山中采野果，遇到仇人乙，举刀砍向乙，乙正当防卫，将甲打倒在地，使甲失去行走能力。此时，如果乙对甲不实施救助，甲必将死在深山之中，此时，乙有对甲进行救助的作为义务，如果不予救助则构成防卫过当。

本案中被告人的先行行为与被害人处于危险状态具有因果关系。本案中，被告人对被害人的打击、脱鞋子、叫搬梯子和追赶等一系列行为导致被害人慌不择路选择跳河逃跑，从而使被害人的生命权益陷入危险境地，被告人的先行行为与被害人所处的危险状态是存在因果联系的。虽然在被告人的先行行为和被害人陷入危险状态之间介入了被害人选择这一介入因素，但是这一介入因素并不是异常的，而是具有通常性的。也就是说，在被告人的先行行为的作用下，被害人由于心理恐惧和精神紧张，慌乱之中选择了跳河，并没有阻断被告人的先行行为与被害人所处的危险状态之间的因果关系。但被害人选择跳河这一介入因素在对被告人量刑时可考虑从轻。

同时，本案中，被告人对被害人的危险状态具有排他的支配性。由于案发当时为深夜，被告人跳入河中后，在场的只有被告人，如果被告人不立即给予有效救助，被害人的危险状态向危害后果转化的可能性就非常高。可以说，此时被告人对被害人的危险状态具有排他的支配性，即被告人已经现实的支配和掌握了趋向危害结果的因果进程，拥有主动权，居于统治者的地位。

本案在量刑时，分析被害人逃跑的原因，固然有被告人对被害人的打击、脱鞋子、叫搬梯子等一系列行为的因素，但同时也存在并主要因为被害人自己想逃脱公安的抓捕处理而逃跑，再加上被害人选择跳河这一介入因素，因此在对被告人量刑时应考虑从轻。另外，从社会效果方面，考虑到被告人毕竟是在抓捕小偷。综合考量上述因素后，对被告人定罪并免予刑事处罚是恰当的。

编写人：江苏省无锡市北塘区人民法院　沈莉波　赵越

7

就诊人死亡的非法行医案件中因果关系的认定

——贾某非法行医案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2012）沪一中刑终字第127号刑事判决书

2. 案由：非法行医罪

【基本案情】

2009年起，原审被告人贾某在没有取得医疗机构执业许可证的情况下，在本市松江区佘山镇高家村某号暂住处非法行医。2010年11月4日12时许，被害人褚某因感冒发烧至贾某的诊所就诊，原审被告人贾某使用清开灵注射液为被害人褚某静脉滴注，在输液过程中被害人褚某突感不适，出现神志不清等过敏不良反应。此后，被害人褚某被先后送往复旦大学附属中山医院青浦分院、复旦大学附属中山医院抢救，终因抢救无效于次日4时58分死亡。经鉴定，被害人褚某之死符合过敏反应并发DIC导致循环衰竭死亡。2011年5月9日，被告人贾某被公安人员抓获。

辩护人提出：本案被害人死亡属多因一果，与贾某非法行医行为没有刑法上的因果关系，贾某不应对被害人的死亡结果承担刑事责任。1. 过敏反应并不导致死亡结果发生。使用清开灵虽出现个别过敏反应，但非禁用药物，无需皮试，由清开灵引起的过敏性休克有抢救成功的可能性。2. 被害人是过敏反应并发DIC导致循环衰竭而死亡，中山医院青浦分院医生在住院病历上记载有被害人曾经输液情况，应当首先考虑系输液过敏反应，但医生在抢救过程中出现误诊、漏诊，没有进行抗过敏治疗，耽误了抢救时机。中山医院根据青浦医院的病史记载，以抗感染治疗而忽视了对过敏的注意。两家医院都未能对症施治，是直接导致被害人死亡结果的主要原因。被害人的死亡结果与被告人诊治行为之间不存在直接因果关系。

【案件焦点】

被害人的死亡结果与被诊治行为之间是否存在因果关系。

【法院裁判要旨】

上海市松江区人民法院认为：被告人贾某在未取得医生执业资格和执业许可证的情况下非法行医，情节严重，其行为已构成非法行医罪。但被害人褚某的死亡并非由被告人贾某一人直接造成，褚某先后经过了复旦大学附属中山医院青浦分院、复旦大学附属中山医院的抢救，最终因抢救无效而死亡。故未认定被告人贾某非法行医造成就诊人死亡。鉴于被告人贾某到案后能如实供述自己的罪行，对其依法从轻处罚。遂根据《中华人民共和国刑法》第三百三十六条第一款、第六十七条第三款判决被告人贾某犯非法行医罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币 2000 元。

上海市松江区人民检察院提出抗诉认为，被告人贾某的非法行医行为直接导致了被害人褚某的死亡，非法行医行为与死亡结果之间存在客观的、不中断的因果关系。上海市第一中级人民法院经审理认为：原审被告人贾某的非法行医行为直接导致了被害人褚某的死亡，应认定为“造成就诊人死亡”。理由是：其一、原审被告人贾某医疗行为本身是非法行为；其二，贾某的非法行医行为导致被害人出现高热、神志不清、休克等严重不良反应，经送医抢救无效死亡，其死亡原因经鉴定符合过敏反应并发 DIC 导致循环衰竭死亡；其三，被害人被先后送至中山医院青浦分院和中山医院进行抢救，两家医院抢救无效并不构成因果关系的中断。检察机关的抗诉意见予以支持。遂依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（二）项，《中华人民共和国刑法》第三百三十六条第一款、第六十七条第三款之规定，判决：

一、撤销上海市松江区人民法院（2011）松刑初字第 1067 号刑事附带民事判决主文第一项，即“被告人贾某犯非法行医罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币 2000 元。”

二、原审被告人贾某犯非法行医罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币 10000 元。

【法官后语】

本案的争议焦点为被告人贾某非法行医行为与被害人褚某的死亡后果之间是否

存在因果关系。该因果关系成立与否，涉及被告人贾某是否构成非法行医罪的结果加重犯，对于其量刑具有重要影响。而此类因果关系的判断也是司法实践中的难题之一，准确地对其进行判断，对于正确定罪量刑，提高司法效率，具有重要意义。

（一）本案非法行医与死亡后果之间存在着因果关系

典型的因果关系是行为与结果之间一种引起与被引起的关系，具有客观性、直接性和特定性。一般而言，行为与结果之间如存在无前者即无后者的关系，即可认为因果关系成立，判断依据为生活逻辑，具体到非法行医案件，则为医学原理。本案中被告人贾某的非法行医行为所涉之清开灵注射液，因可能引起严重不良反应早在2009年就被国家食品药品监督管理局进行相关通报。事实也表明，使用清开灵注射液会导致过敏性休克、急性喉头水肿等严重过敏反应，甚至可导致死亡。被害人褚某因感冒、发烧到贾某非法开设的诊所就诊，在接受贾某诊治并进行清开灵注射液静脉滴注后即出现高热、神志不清、休克等严重不良反应，经送医抢救无效死亡，其死亡原因经鉴定符合过敏反应并发DIC导致循环衰竭死亡。可见，原审被告人贾某为被害人静脉滴注清开灵注射液直接导致了被害人出现严重过敏反应死亡。客观上，没有被告人非法注射清开灵行为，就不会发生被害人死亡后果，两者之间存在着明显的因果关系。

（二）非法行医与死亡后果因果关系不因医院抢救无效中断

1. 本案之中并不存在介入因素

介入因素，是指介入到危害行为的发生过程而导致发生某种结果的其他因素，如被害人的行为、第三者的行为、特殊的自然事件等。笔者认为，刑法意义上的介入因素也是原因之一，而所有原因均应当是对结果的发生起到引起或加速作用的事件，而非广义上所理解的因果进程中介入进来的所有事件，例如非法行医后送被害人到医院、医院正常的抢救行为等，以免将介入因素扩大化、复杂化。本案中，医院对其抢救行为并无明显过错，且该抢救行为对于被告人的死亡并未起到积极作用，只是未能阻止被告人死亡后果的发生。因此，被告人贾某为被害人静脉滴注清开灵注射液直接导致被害人出现严重过敏反应，并发DIC导致循环衰竭死亡的过程是一个直接、连续、符合规律且没有其他外因介入的病情发展、恶化过程，介入因素并不存在，并非多因一果，被告人贾某构成非法行医致人死亡的结果加重犯。

2. 介入因素的综合衡量

假设本案存在实践中经常出现的医生过错导致被告人死亡等情况，这就需要我们进行综合考量。首先，如介入因素与先行行为无关，且该介入因素独立地导致了危害结果的发生，则先行行为与危害结果的因果关系中断，如非法行医导致就诊人病情危重，就诊人在被送往医院抢救途中遭遇车祸身亡，非法行医行为与就诊人死亡后果之间因果关系中断；其次，依据先行行为导致危害结果发生的可能性和作用、介入因素对结果作用、介入因素的异常性，判断先行行为与危害后果因果关系是否中断。如行为人的非法行医行为导致了就诊人濒临死亡的重伤，而该伤势通常情况下也会导致就诊人死亡时，虽然医院的误诊加速了就诊人的死亡，但还是认定非法行医行为与死亡后果之间因果关系不中断比较适宜。如果行为人的非法行医行为仅仅导致就诊人轻伤或者是正常情况下能够抢救回来的重伤时，但因医生的重大过失导致被害人死亡，则非法行医行为与死亡后果之间因果关系中断。该类型案件在司法实践中还存在着一些较为少见的情况，例如医生因刚好和被害人或被告人有隙，故意不施救甚至加速被害人死亡，该类介入因素较为异常，其对非法行医行为与死亡后果因果关系的阻断作用相对于一般案件更大。我们在个案裁量时，需对其加以注意，综合判断。

编写人：上海市第一中级人民法院　陈星　陈兵

8

碾死濒临死亡的人应负刑事责任

——刘某交通肇事案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2012）集刑初字第98号刑事判决书

2. 案由：交通肇事罪

【基本案情】

2011年9月7日0时许，被害人文某无证且醉酒驾驶摩托车沿本市集美区新阳大桥由北往南方向超速行驶时，与路中隔离带发生碰剐并与隔离带上的19号路灯杆发生碰撞，造成车损及文某本人受伤（第一情节）。在群众打电话报警后约10分钟，被告人刘某驾驶“闽DT××××”号轿车沿新阳大桥由北往南方向行驶至19号路灯杆处，未注意观察前方路况，遇情况采取措施不及，致碾压已受伤倒地的被害人文某，事故发生后文某当场死亡，被告人刘某未停车保护现场，也未及时向公安机关交通管理部门报警，为逃避法律追究驾车离开事故现场（第二情节）。当日13时许，被告人刘某接到通知后，自动向公安机关投案，如实供述了上述犯罪事实。

经鉴定，被害人文某系头部受交通事故钝性外力作用致特重型颅脑损伤而死亡，被告人刘某驾驶车辆之底盘从文某身体右上至左下碰剐所造成的严重损伤起到加速文某死亡的作用。经司法鉴定，被害人文某血液中酒精含量为160.8136mg/100mL。

公安交警部门经事故现场勘查、调查取证、技术鉴定后认定，在第一情节中，文某无证且醉酒驾车超速行驶，其过错行为在本事故的发生中起到决定性的作用，是造成本事故的根本原因，应负事故全部责任；在第二情节中，被告人刘某驾车未注意观察路面情况，遇情况采取措施不及，其过错行为在本事故的发生中起到决定性的作用，是造成本事故的根本原因且事发后刘某驾车逃逸，应负事故的全部责任。

【案件焦点】

被告人刘某的行为是否构成交通肇事犯罪，因何构成交通肇事犯罪。

【法院裁判要旨】

厦门市集美区人民法院经审理认为：被告人刘某违反交通运输管理法规，在发生涉及一人死亡的重大交通事故后，为逃避法律追究而逃跑，系交通运输肇事后逃逸，且在本案第二情节中应负事故的全部责任，其行为已构成交通肇事罪。公诉机关指控的罪名成立。被告人刘某犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，依法可以减轻处罚；其在庭审时能够自愿认罪，对被告人刘某可酌情从轻处罚。辩护人建议对被告人刘某适用缓刑，理由不充分，不予采纳；辩护人提出的其

他辩护意见，理由充分，予以采纳。

福建省厦门市集美区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条、第六十七条第一款，《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》第九条的规定，判决如下：被告人刘某犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年六个月。

【法官后语】

本案案情比较特殊，存在两个连续发生的情节，先是被害人因醉酒驾驶的犯罪行为碰撞路中间的电线杆导致严重受伤濒临死亡，后是被告人未注意观察前方路况，遇情况采取措施不及，碾压处于必然要死亡的倒在地上的被害人致当场死亡后逃逸，碾压仅是起到加速死亡的作用。针对本案比较特殊的案情，虽然被告人及辩护人均作有罪辩护，但在实践中还是存在一定的争议，争议的焦点即在于本案的被告人是否构成犯罪，需要承担何种程度的法律责任。

交通肇事罪，是指违反交通运输管理法规而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公共财产遭受重大损失的行为。这里的法规至少包括法律及行政法规即全国人大制定的道路交通安全法和国务院颁布的道路交通安全法实施条例。根据2011年修正的《道路交通安全法》第二十二条之规定，机动车驾驶人应当按照操作规范安全驾驶、文明驾驶，为保护大多数人的交通安全，安全驾驶应做严格解释，即指驾驶人在道路上驾驶时要确保不会造成交通事故，除非该事故属于意外事件或他人包括被害人或者第三人故意造成该事故。另外，构成交通肇事罪（死亡一人）还有一个隐含的前提条件即肇事者对事故的发生应承担主要责任或全部责任。

就本案而言，首先，被告人刘某已经违反了交通管理法规。根据现有证据可以证实，案发当时虽是凌晨，但两旁的路灯仍然亮着，被告人刘某在没有确认漆黑物体是何物、直接碾压是否造成他人财产损失或伤害他人生命健康的情况下而碾压该物体并实际造成他人当场死亡，即没有确保安全的情况下驾驶车辆并发生交通事故，已经违反了《道路交通安全法》第二十二条安全驾驶的规定。

其次，被告人刘某的行为已经造成他人死亡的。本案虽然被害人被碾压之前因本人的犯罪行为导致受严重伤害而处于濒临死亡状态，如果没有被告人的碾压行为，被害人至少不会当场死亡。本案被告人的碾压行为是导致被害人死亡的直接原

因，对“死亡”（而非受伤）这个关键后果而言，被害人先前的醉酒驾驶犯罪行为仅是一个重要促进因素。

最后，被告人刘某在事故中应承担全部责任。根据道路交通安全法实施条例第九十一条之规定，应根据双方的行为对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度也就是所谓的原因力或者说因果关系联系程度，确定双方的责任。针对造成被害人死亡这一事故来看，被害人系因无意识躺在路面上，对事故的发生无所谓起任何作用，被告人刘某在明知前方有异物而没有仔细观察路面状况从而直接碾压被害人，是造成被害人当场死亡的直接原因，也就是说针对造成被害人当场死亡的事故来说，仅系被告人刘某单方的行为造成，所以被告人刘某应承担全部责任。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院 张显春

9

村民委员会能否成为单位犯罪的主体

——屏南县熙岭乡龙潭村村民委员会滥伐林木案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省屏南县人民法院（2012）屏刑初字第101号刑事判决书

2. 案由：滥伐林木罪

【基本案情】

2011年6月下旬，被告单位屏南县熙岭乡龙潭村村民委员会由该村民主任叶某（另案处理）支持召开村委会，决定在屏南县熙岭乡龙潭村溪尾自然村土名“古竹湾”山场开挖竹山道路，并由叶某负责该项目。后龙潭村村委会未经林业主管部门批准，在该山场挖倒林木。经林业技术鉴定，上述被采伐的林木立木蓄积量为27.8026立方米，其中杉木23.8313立方米、松木3.9713立方米。

【案件焦点】

村民委员会作为基层群众性自治组织，能否成为单位犯罪的主体。

【法院裁判要旨】

福建省屏南县人民法院根据上述事实和证据认为：被告单位屏南县熙岭乡龙潭村村民委员会违反森林法的规定，未办理林木采伐许可证而擅自采伐其所有的林木，立木蓄积量达27.8026立方米，数量较大，其行为已构成滥伐林木罪，公诉机关指控的罪名成立。

福建省屏南县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十五条第二款、第三百四十六条、第三十条、第三十一条，《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》第九条之规定，作出如下判决：

被告单位屏南县熙岭乡龙潭村村民委员会犯滥伐林木罪，判处罚金人民币5000元。

一审判决后，被告单位未上诉。

【法官后语】

本案涉及的主要问题在于村民委员会能否成为单位犯罪的主体。刑法第三十条规定，“公司、企业、事业单位、机关团体实施的危害社会行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任”。最高人民法院制定的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》将单位犯罪的主体明确为“公司、企业、事业单位，即包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位”而村民委员会是基层群众性自治组织，它不属于公司、企业、事业单位，这是显而易见的，毋庸赘述；它不属于机关，也是肯定的；那么，是否属于团体呢？所谓团体，通常是指各类社会团体和人民团体，如工会、妇联、共青团、各种学会、协会等，将村民委员会纳入团体的范围也不确切；况且，《中华人民共和国刑法》第三十条规定的“公司、企业、事业单位、机关、团体”后面并未加“等”以示列举未尽，法无明文规定，因此，将村民委员会作为“单位犯罪”主体似乎违反了“罪刑法定”的原则。

可是从单位犯罪主体的构成要件和法律特征来看，首先，村民委员会是依据

《宪法》和《村民委员会组织法》成立的相对独立的农村基层群众自治性组织，有自己的名称、组织机构与场所，依法负有对“农村公共事务的管理以及公共秩序的维护、集体财产的经营与管理”的职能，因此能够以自己独立的财产和经费对外承担责任，所以具有刑法理论上作为单位犯罪主体的构成要件。其次，当村委会为本村谋取利益，经村委会组成人员或者召开村民大会集体研究决定，组织实施危害社会的行为时，符合“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有”单位犯罪的特征。同时，1999年最高人民法院《关于村民小组组长利用职务便利非法占有公共财物行为如何定性问题的批复》规定村民小组组长可构成职务侵占罪，而《刑法》规定的职务侵占罪的主体为“公司、企业或其他单位的人员”，也就是说，该司法解释认可了村民小组具有与“公司、企业”同等的刑法意义上的“单位”法律地位。另外，2008年11月20日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第二条规定，“刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的‘其他单位’，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等非常设性的组织”，更进一步明确了村民委员会的刑法意义上的“单位”性质。

本案中屏南县熙岭乡龙潭村村民委员会是为了铺设村内水泥路，并经村民大会和村委会集体讨论决定开挖竹山道路，后龙潭村村委会未经林业主管部门批准，在该山场挖倒林木，具有滥伐林木的行为。这起滥伐林木行为体现的是村委会的意志，如果村委会不按刑法中“单位”对待，就会造成只要村委会决定滥伐林木无论多大，都不能追究村委会的刑事责任，这不仅不符合“罪刑相适应”的原则，还具有很大的社会危害性，导致在实践中自然人利用单位意志进行滥砍滥伐规避刑法的惩治，从而破坏森林法的规定。综上考虑，屏南县熙岭乡龙潭村村民委员会可以成为单位犯罪的主体，其行为构成了滥伐林木罪。

编写人：福建省宁德市屏南县人民法院　吴建华

二、共同犯罪

10

共同犯罪中责任的认定

——翟某某等盗窃案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院2012锡刑二初字第0006号刑事判决书

2. 案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人翟某某、杨某、程某、王某经合谋和踩点，于2011年7月26日凌晨1时许，采用翻墙、撬窗等手法，先后两次进入无锡凯尔科技有限公司仓库内窃得各种型号的手机摄像头共计73750个，赃物价值共计人民币250余万元。其中，四被告人第一次窃得摄像头56盒（2万余只），在驾车返回途中，杨某因故中途下车离开，另三人待其下车后商议返回仓库盗窃剩余摄像头，又窃得5万余只后返回苏州。窃后，由杨某负责联系销赃，获赃款18万余元由四被告人共同瓜分。

被告人程某于2008年3月11日，伙同他人在上海市奉贤区奉城镇某皮球厂内窃得成品皮球13箱，赃物价值人民币5720元。

被告人翟某某伙同程某、韩某，经合谋于2005年11月20日15时许，由翟某某、程某驾乘摩托车在河南省武陟县北郭乡蔡庄村附近抢劫中国石油武陟第四加油站职工原某某、刘某所携带的营业款人民币2万余元。

【案件焦点】

被告人第一次盗窃实施完毕后因故离开是否需要对第二次盗窃行为负责。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市中级人民法院经审理认为：被告人翟某某、杨某、程某、王某以非法占有为目的，秘密窃取公私财物，数额特别巨大，四人的行为均已构成盗窃罪，系共同犯罪；被告人翟某某还伙同他人抢劫公私财物，数额巨大，其行为已构成抢劫罪。被告人翟某某等系流窜作案，属有其他严重情节，酌情予以从重处罚；被告人翟某某实施抢劫犯罪时已年满十四周岁未满十八周岁，应当减轻处罚；被告人翟某某等归案后能如实供述自己的罪行，并当庭自愿认罪，均可予以从轻处罚；涉案部分赃物已追回，且侦查机关还分别从被告人翟某某、程某处追缴销赃款人民币2780元及40175元，另被告人杨某、王某亲属分别代为退出销赃款人民币38100元及30000元，弥补了被害单位的部分损失，对四被告人均可酌情从轻处罚。公诉机关指控的犯罪事实清楚，证据确实充分，指控的罪名成立。

关于"杨某仅参与了2011年7月26日凌晨第一次对无锡凯尔科技有限公司的共同盗窃犯罪，未参与当天对该公司的第二次共同盗窃"的辩解和辩护意见，经查：被告人杨某事先与翟某某、程某、王某进行合谋，表明了盗窃无锡凯尔科技有限公司仓库内摄像头的概括性犯罪意图，其主观上具有共同盗窃犯罪的故意，客观上亦实施了共同盗窃犯罪的行为，案发后又联系收赃人代为销售全部所窃赃物和进行共同分赃。其策划、指挥盗窃活动的行为与公私财物损失的结果之间存有因果关系，应当以盗窃共犯论处，并对共同盗窃犯罪所造成的危害结果承担刑事责任。该项辩解和辩护意见与事实不符，本院不予采纳。

江苏省无锡市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、第二百六十四条、第十七条第二款及第三款、第五十六条第一款、第二十五条第一款、第六十七条第三款、第六十九条、第六十四条及《最高人民法院关于对故意伤害、盗窃等严重破坏社会秩序的犯罪分子能否附加剥夺政治权利问题的批复》之规定，判决如下：

一、被告人翟某某犯盗窃罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利五年，并处罚金人民币100000元；以抢劫罪，判处其有期徒刑九年，并处罚金人民币10000元，数罪并罚决定执行有期徒刑二十年，剥夺政治权利五年，并处罚金人民币

110000 万元。

二、被告人杨某犯盗窃罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利五年，并处罚金人民币 100000 元。

三、被告人程某犯盗窃罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利五年，并处罚金人民币 100000 元。

四、被告人王某犯盗窃罪，判处有期徒刑十三年，剥夺政治权利四年，并处罚金人民币 80000 元。

五、已追缴的涉案款、物发还被害单位；尚未追缴的销赃款和赃物继续予以追缴，并发还被害单位。

宣判后，四被告人均未提出上诉。

【法官后语】

本案审理过程中，核心争议焦点是：被告人杨某没有参加第二次盗窃行为，是否需要对两次盗窃行为负全部刑事责任。

第一种意见认为，被告人杨某仅需对第一次盗窃行为承担刑事责任。翟某某等三被告人返回厂内继续盗窃的行为超出其意志之外，其下车离开后，不可能预见到后续可能发生的盗窃行为。因此，杨某仅承担第一次盗窃罪的刑事责任。

第二种意见认为，被告人杨某对两次盗窃行为均承担刑事责任。其虽因中途离开没有实施第二次盗窃，但其作为整个盗窃活动的组织策划者，主观上对窃取财物的数量存在概括的故意，事后亦积极参与销赃、分赃，应对两次盗窃活动承担刑事责任。

第三种意见认为，被告人杨某对第二次行为分别承担盗窃罪和掩饰、隐瞒犯罪所得罪的刑事责任，应进行数罪并罚。理由是其并未参加第二次盗窃行为，仅仅帮助销赃，按照赃物犯罪来处理即可。

笔者同意第二种意见。

1. 被告人杨某对实施盗窃犯罪具有概括故意

刑法理论中的概括故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，只是对侵害范围和侵害性质的认识尚不明确的心理态度。概括故意从性质上可以分为对行为性质认识和对行为结果认识故意。本案中被告人杨某的行为属于后者，即

“对危害结果范围认识不明确的概括故意行为人故意实施危害行为，明知自己的行为会导致某种危害结果的发生，但对于自己的行为会造成多大的危害结果，波及多少犯罪对象，认识处于不确定状态，属于对危害结果范围认识不明确的概括故意。”杨某伙同翟某某等人秘密窃取公司财物，其在盗窃活动中负责组织、策划、实施、销赃、分赃等工作，系犯罪团伙的重要成员，其虽因故未参加第二次盗窃，但是另外三人的盗窃行为正因为杨某的先行为得以顺利实施，杨某作为犯意的提出者，能明确认识到其行为会造成他人财物损失的后果，但是造成多大的损失并不明确，毕竟偷多少也不可能细化到具体数字、次数，即属于具有对危害结果范围认识不明确的概括故意。

2. 被告人杨某参与销赃行为系对全部盗窃活动的事后追认

首先，销赃行为是盗窃活动的重要后续行为，属于事后不可罚行为，销赃数额的多少在一定程度上可以影响量刑的幅度。其次，行为人积极参与销赃表明其主观上具有强烈的非法占有该部分财物的意图。第三，积极参与销赃系对全部盗窃活动的一种事后追认，主观上默认了该盗窃行为。从本案来看，被告人杨某第二天得知翟某某等人第二次盗窃的事实后并未提出异议，并且积极联系买主，着手实施销赃。印证了其对他们的盗窃行为是认同的，主观上并不排斥，完全可以视为一种事后的追认行为。

第三种意见认为其第二次行为仅构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，但仔细分析，该种意见较为牵强，缺乏对整个盗窃、销赃过程的全局考量。两次盗窃活动中四人基于概括的故意，行为的时间、地点也具有连续性，构成刑法上的连续犯，虽然杨某没有直接参加第二次，但其在第一次盗窃中所起作用十分重要，客观上为第二次实施提供了极大的便利，没有其在先的组织策划行为，后一次行为完成的可能性较小，两次行为具有较强的因果关系，综合考虑其事后又积极参与销赃，可视为其对第二次盗窃行为在主观上是一种放任的心态，属于间接故意。因此，杨某的销赃行为不能认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪，而应该以盗窃罪的共犯论处。

3. 被告人杨某在量刑上可以适当从轻处罚

第一，杨某系犯罪团伙的主犯，积极参与盗窃活动的组织、策划、实施、销赃、分赃等过程，应当对全部犯罪行为承担刑事责任，依法应当判处十年以上有期徒刑、无期徒刑，但是考虑到其有坦白，部分退赃、退赔等情节，可以从轻处罚，

判处有期徒刑监禁刑有利于保持法院量刑的均衡性和连贯性，为今后遇到数额更大的盗窃犯罪的量刑留有余地。

第二，被告人杨某并亲自未参与第二次盗窃犯罪的实施，作为非实行犯与另三人在量刑时可做适当区分，根据罪责刑相一致原则和宽严相济的刑事政策，判处其有期徒刑有助于被告人的息诉服判，实现案结事了。

综上，对被告人杨某伙同翟某某、程某、王某等人盗窃公司财物，数额特别巨大的行为，量刑适当。

编写人：江苏省无锡市中级人民法院　范凯

11

对单位共同犯罪的确认和主从犯的区分

——江阴市圣佳罐业有限公司、张某等人非法制造、销售非法制造的注册商标标识案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省江阴市人民法院（2012）澄知刑初字第14号刑事判决书

2. 案由：非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪

【基本案情】

瑞基特·戈尔曼（海外）有限公司系第335612号“PIF PAF”商标注册人，核定使用商品为第5类的杀虫剂、农药等，注册有效期至2019年1月9日。同时，瑞基特·戈尔曼（海外）有限公司系第7412672号“AIR WICK”商标注册人，核定使用商品为第21类的香水喷洒器、空气清新剂喷洒器等，注册有效期至2021年2月6日。

2011年4月以来，被告单位圣佳公司为牟取非法利益，在未经注册商标所有权人许可的情形下，应被告人何某的要求，非法制造并销售非法制造的假冒注册商标

标识“PIF PAF”的杀虫剂空罐。被告人张某系被告单位圣佳公司经理，为生产上述空罐，被告人张某联系被告人吴某设计制作假冒“PIF PAF”注册商标的菲林片（印刷制版中的底片），被告人吴某通过电脑软件完成图片制版后交由被告人姜某制成菲林片。被告人张某又与被告单位综合厂的业务员被告人孙某联系印刷上述注册商标标识。被告单位综合厂为获取非法利益，在未取得注册商标所有权人许可的情形下，经该公司业务经理被告人赵某同意后，为被告单位圣佳公司非法印刷了假冒“PIF PAF”注册商标标识82319件，其中47443件注册商标标识已由被告人张某制作成杀虫剂空罐以1.13元/件销售给被告人何某，上述款项入被告单位圣佳公司账，后被告人何某另加价销售给他人，剩余34876件注册商标标识被公安机关当场查获。

2011年10月以来，被告单位圣佳公司为牟取非法利益，在未经注册商标所有权人许可的情形下，应“潘宗鸽”的要求，非法制造并销售非法制造的假冒注册商标标识“AIR WICK”的空气清新剂空罐。被告单位圣佳公司为生产上述空罐，采用上述同样手段和分工，非法制造了“AIR WICK”注册商标标识65991件，其中33420件注册商标标识已由被告人张某制作成空气清新剂空罐以0.93元/件销售给“潘宗鸽”，上述款项入被告单位圣佳公司账，剩余32571件注册商标标识被公安机关当场查获。

【案件焦点】

单位犯罪是否构成共同犯罪及能否区分主从犯。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院经审理认为：被告单位圣佳公司、被告人张某、何某、被告单位综合厂、被告人孙某、赵某、姜某、吴某为牟取非法利益伪造他人注册商标标识，将伪造的注册商标标识予以销售，其行为均已构成非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，其中被告人何某参与了本案部分注册商标标识的制造、销售，属犯罪情节严重，其他被告人属犯罪情节特别严重。

被告人张某是被告单位圣佳公司直接负责的主管人员，为被告单位圣佳公司谋取利益，且所获非法利益归入被告单位圣佳公司，故被告单位圣佳公司构成单位犯罪。被告人赵某、孙某是被告单位综合厂直接负责的主管人员及其他直接责任人

员，为被告单位综合厂谋取利益，且所获非法利益归入被告单位综合厂，故被告单位综合厂构成单位犯罪。

被告单位圣佳公司、被告人何某、被告单位综合厂、被告人姜某、吴某构成共同犯罪。其中，被告单位圣佳公司起主要作用、被告人何某在其所参与的犯罪中起主要作用，均系主犯，应当按照各自参与的全部犯罪处罚；被告单位综合厂、被告人姜某、吴某在共同犯罪中起次要作用，系从犯，应当从轻或者减轻处罚；被告人吴某、姜某在共同犯罪中进行假冒注册商标标识的电脑制版及菲林片的制作，其犯罪情节较综合厂轻；被告人张某、被告人赵某、孙某分别作为被告单位圣佳公司、综合厂的直接负责的主管人员及其他直接责任人员，根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节，分别进行定罪量刑。

江阴市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百一十五条、第二百二十条、第二十五条第一款、第二十六条第一、四款、第二十七条、第六十四条、第六十七条第一、三款、第七十二条第一、三款，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第四条、第六条及最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条第一款之规定，判决如下：

一、被告单位江阴市圣佳罐业有限公司犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，判处罚金人民币 80000 元。

二、被告人张某犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币 80000 元。

三、被告人何某犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，判处有期徒刑一年八个月，缓刑二年，并处罚金人民币 50000 元。

四、被告单位张家港市综合制造厂犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，判处罚金人民币 50000 元。

五、被告人孙某犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币 30000 元。

六、被告人赵某犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，判处有期徒刑一年三个月，缓刑二年，并处罚金人民币 30000 元。

七、被告人姜某犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，判处罚金人民币10000元。

八、被告人吴某犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，判处罚金人民币10000元。

九、扣押在案的涉案注册商标标识67447件，予以没收。

一审宣判后，被告在法定期限内均未提起上诉，判决已经发生法律效力。

【法官后语】

本案在审理中的关键是对于单位共同犯罪的确认，单位共同犯罪是确实存在并成立的。

首先，单位是人格化了的虚拟的人，其同样具有权利能力和行为能力。单位的意志和行为，通过它的组成部分即特定的自然人加以反映和实施。虽然单位的意志又是通过特定的自然人的决策而形成为单位整体的思想和意志，但这些决策一旦上升为单位的整体意志，已不再是特定的自然人个人意志的任意选择，是在单位意志支配下的行为，是单位行为的组成部分，并且不能脱离单位而单独存在，单位也应当对代表其意志的行为负责。故而单位作为独立的一类犯罪主体，具备追究刑事责任所要求的刑事责任能力。

其次，虽然现行刑法的总则部分并未对单位共同犯罪做出一般性规定，但是刑法分则及部分单行刑法都已承认单位可以构成共同犯罪。例如刑法第一百五十六条规定了单位可以构成走私罪的共犯。而1998年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第一条第三款、第四款的规定明确了单位可以构成骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的共犯。

再次，司法解释也都确认了单位可以构成共同犯罪的主体。如2001年1月21日《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》肯定了两个以上单位以共同故意实施的犯罪，应根据各单位在共同犯罪中的地位、作用大小，确定犯罪单位的主、从犯。尤其是在2002年7月8日最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件法律若干问题的意见》中，第二十条明确就单位和个人共同走私普通、物品案件的处理问题做出了详细规定，认可单位和个人可以构成共同犯罪，并可以区分主从犯。

因此无论从理论还是立法或司法实践来看，单位共同犯罪都是应然存在的。单位犯罪乃是单位作为法律上拟制的人在单位整体意志支配下所实施的犯罪，单位组织中的自然人只是单位的组成部分，从属于单位的意志，而非单位犯罪中的独立犯罪主体。因此，单位犯罪中单位主体内的自然人就不是刑事法律意义上的自然人犯罪主体。单位共同犯罪的主体就只能由单位本身来担任。理由如下：单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员都是以单位的意志为左右，各具体参与者主观动机、目的都是以各自单位的意志为转移，所实施的行为也是体现各自单位的意志，单位犯罪就是其整体意志的体现，各参与者都是体现单位犯罪整体意志的一部分，每个部分相互作用而形成单位的整体意志，任何一个参与者个人是不能单独反映单位犯罪的整体意志的。也就是说，个人在单位犯罪中的具体行为已不再是个人行为，而应看作是单位的行为，单位就是通过具体个人的行为而实施犯罪活动。

编写人：江苏省江阴市人民法院　徐芝若

12

概然性教唆且明知被教唆者实施抢劫未提异议是否构成抢劫共犯

——马甲、王甲等抢劫，掩饰、隐瞒犯罪所得，敲诈勒索案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦刑终字第445号刑事裁定书

2. 案由：抢劫罪，掩饰、隐瞒犯罪所得罪，敲诈勒索罪

【基本案情】

2012年1月18日晚，杨某、马甲、王乙、邓某、张某、“小凤”（在逃）6人在厦门市海沧区青礁慈济宫山顶，遇被害人黄某、何某及王某，经协商决定抢劫被

害人财物。六人劫得黄某银行卡内现金3000元，何某、王某各1部手机及黄某闽D6T958号豪天牌HT150－J型摩托车1部（经鉴定，价值人民币7568元），并殴打黄某致轻微伤。

2012年1月28日晚，海沧区新阳街道万荣网吧网管王甲与被害人刘文某在网吧内发生纠纷，遂纠集王乙、邓某等人教训被害人，“小风”、杨某、马甲、张某、马乙、应某陆续赶到网吧。经王甲指认后，8人对被害人刘文某、杜志某实施殴打并强行将二人拉至网吧门口，经商议将被害人拉到山上抢劫。“小风”、邓某将欲抢劫被害人财物的情况告知王甲，王甲未表示反对。8人在山上持刀威胁并殴打被害人，抢走刘文某现金200元、OPPO手机1部；抢走杜志某现金300元、诺基亚手机1部，并逼迫2被害人打电话叫亲属汇钱到银行卡上，后从杜志某银行卡上取走现金人民币4000元（其中1000元为刘文某亲属所汇）。经鉴定，杜志某损伤程度系轻微伤。

2012年1月，被告人马甲明知是来历不明的赃物，而以1000余元的低价收购一部劲隆牌JL150－56型普通二轮摩托车（经鉴定，价值人民币9889元，已发还失主）。同年2月12日，被害人谭再某以担保人身份帮余成某以2800元价格从马甲处购得上述摩托车，因该车系被盗车辆并被公安机关扣押，余成某没有支付购车款。同年2月18日下午，马甲纠集杨某、向某等人到海沧区东孚诗山路口，以索要车款为由强行向谭再某索要现金人民币10000元。谭再某以事故赔偿为由要求家属送钱。马甲、向某随同谭再某取钱，因被害人家属报警，民警及时出警而未得逞。

2012年3月29日，被告人王乙被抓获，归案后有协助公安机关抓捕其他犯罪嫌疑人的立功表现。同年3月30日，被告人马乙、马甲、张某、杨某、邓某被抓获，王甲经通知到案接受调查。同年5月7日，被告人应某、向某被抓获。被告人杨某、王乙、马乙系累犯。

公诉机关认为，被告人马甲、杨某、王乙、邓某、张某、马乙、王甲、应某以非法占有为目的，使用暴力、胁迫的方法，当场劫得他人财物的行为构成抢劫罪，马甲、杨某、王乙、邓某、张某参与抢劫2次，马乙、王甲、应某参与抢劫1次。被告人马甲明知是犯罪所得的赃物仍然予以收购的行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。被告人马甲、杨某、向某敲诈勒索他人财物，数额巨大，构成敲诈勒索罪，犯

罪未遂。

被告人马甲、杨某、邓某、张某、马乙、向某对起诉指控的罪名和犯罪事实无异议。被告人王乙否认参与第1起抢劫，辩解具有自首情节。被告人王甲承认纠集他人教训被害人，否认参与抢劫。其辩护人提出："教训"的意思是殴打被害人，未要求抢劫被害人；其他被告人实施抢劫是把被害人拉到楼下后临时起意，当时王甲并不知道，没有犯意联络，知道后虽未阻止，但不存在共同抢劫的故意；王甲客观上没有实施抢劫，事后也没有分得赃物，其行为不构成抢劫罪。被告人应某辩解其在犯罪中作用较小。

【案件焦点】

1. 王乙是否参与第一起抢劫。2. 王甲指使他人教训被害人，明确被指使者抢劫被害人财物未提出异议，其行为是否构成抢劫罪。

【法院裁判要旨】

厦门市海沧区人民法院经审理认为：

1. 同案犯马甲、杨某、张某、邓某均供述确认王乙参与第1起抢劫犯罪，曾实施过殴打行为，也分得了赃款。被害人黄某通过照片辨认、确认王乙系案发当晚抢劫其的6人之一。本案相关辨认、指认程序合法，内容客观真实，在案证据足以认定王乙参与起诉指控的第1起抢劫犯罪。王乙系抓获归案，到案后未如实供述自己的罪行，其行为不构成自首。

2. 王甲因琐事指使王乙、邓某教训被害人，未明确教训的内容和方式，其明知王乙继续纠集他人也明知被纠集人将被害人强行带离，均未提出异议。之后，其得知被纠集人在山上抢劫被害人财物亦未提出异议。王甲作为初始犯意的提起者，对其指使的教训行为的发生发展起主要作用。其指使多人教训被害人，未明确教训内容，系概括性教唆，可能出现多种危害结果，无论哪种结果发生均可涵盖在教唆的犯意范围当中。即使其在指使时，教训的内容不包括劫取财物，在其明知被教唆人已扩大犯意的情况下，仍未提出异议，可见，其对抢劫的犯罪后果持放任态度。王甲明知其指使、纠集行为会造成两被害人在暴力、胁迫下被劫取财物，仍放任这种结果发生，其行为构成抢劫罪，系抢劫罪的共犯。第2起抢劫犯罪中，多名被告人均供述未安排人专门望风，8人均有殴打被害人，分赃亦基本相当。应某辩解其

作用较小，与事实不符。

被告人马甲、杨某、王乙、邓某、张某、马乙、王甲、应某以非法占有为目的，使用暴力、胁迫的方法，当场劫得他人财物，其行为均已构成抢劫罪。被告人马甲、杨某、王乙、邓某、张某参与抢劫2次，致2人轻微伤，劫得他人财物可估价值为人民币15068元；被告人马乙、王甲、应某参与抢劫1次，致1人轻微伤，劫得他人财物可估价值为人民币4500元。被告人马甲明知是犯罪所得的赃物仍然予以收购，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。被告人马甲、杨某、向某敲诈勒索他人财物价值人民币10000元，数额巨大，其行为均已构成敲诈勒索罪，犯罪未遂。本案中抢劫罪、敲诈勒索罪为共同犯罪。被告人马甲一人犯三罪，被告人杨某一人犯二罪，均应数罪并罚。被告人杨某、王乙、马乙均系累犯，依法应当从重处罚。被告人张某有抢劫犯罪前科，可酌情从重处罚。被告人王乙有立功表现，依法可以从轻处罚。

厦门市海沧区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、第三百一十二条第一款、第二百七十四条、第二十五条第一款、第二十三条、第六十五条第一款、第六十八条、第六十九条、第五十二条、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人马甲犯抢劫罪，判处有期徒刑六年二个月，并处罚金人民币1000元；犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币1000元；犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年一个月，并处罚金人民币1000元；决定执行有期徒刑七年九个月，并处罚金人民币3000元。

二、被告人杨某犯抢劫罪，判处有期徒刑七年八个月，并处罚金人民币1000元；犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币1000元；决定执行有期徒刑八年八个月，并处罚金人民币2000元。

三、被告人王乙犯抢劫罪，判处有期徒刑六年六个月，并处罚金人民币1000元。

四、被告人邓某犯抢劫罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币1000元。

五、被告人张某犯抢劫罪，判处有期徒刑五年六个月，并处罚金人民币1000元。

六、被告人马乙犯抢劫罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币

1000 元。

七、被告人王甲犯抢劫罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币1000 元。

八、被告人应某犯抢劫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币 1000 元。

九、被告人向某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币1000 元。

十、责令被告人马甲、杨某、王乙、邓某、张某于本判决生效之日起 10 日内共同退赔被害人黄某经济损失人民币 10568 元；责令被告人马甲、杨某、王乙、邓某、张某、马乙、王甲、应某于本判决生效之日起 10 日内共同退赔被害人杜志某经济损失人民币 3300 元，被害人刘文某经济损失人民币 1200 元。

王甲以其未参与抢劫犯罪提起上诉，请求二审改判。厦门市中级人民法院经审理认为：王甲作为初始教训犯意提起者，在明知同伙将被害人带离现场可能引发其他违法犯罪而未制止，得知同伙实施抢劫亦持放任态度，其教训及目睹被害人被带走的先前行为与被害人最终被抢劫行为有因果关系，是其不作为的法律后果，故其与同案犯均构成抢劫罪，系抢劫罪的共犯。原判认定基本事实清楚，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。

厦门市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案王乙和应某的辩解主要是依据证据的事实判断，处理重点在于对概然性教唆犯和共同犯罪中明知犯罪后果有严重化趋势，默认同案犯行为，是否承担共同罪责的理解。

教唆犯是指故意唆使他人产生犯罪的意图，进而使其基于此决意而实行犯罪的情况，其特点是自己不亲自实施犯罪，犯罪意图由被唆使人最终实现。对教唆犯，以他所教唆的罪定罪，如果被教唆人对被教唆的罪产生误解，实施了其他犯罪，或者在犯罪时超出了被教唆之罪的范围，教唆犯只对自己所教唆的犯罪承担责任。如果教唆犯被对被教唆人有明确具体的教唆内容，对犯罪目标、手段、程度等均有明

确的指示，被教唆人是否超出了教唆犯的犯意范围较易判断。然而，审判实践中教唆内容往往是诸如“收拾”、“教训”、“摆平”等内涵外延含混不清的言语。这些词语在不同的心态和语境中，由不同的文化素质、家庭背景的人听来，会产生严重分歧。刑法理论上，一般把这种内容较为概括的教唆称为概然性教唆。概然性教唆故意的内容在一定范围内，包括多种可能发生的危害结果，无论哪种结果的出现都是由教唆犯授意引起的，涵盖在教唆犯的犯意中，都不违背其主观愿望。因此在概然性教唆的情况下，由于教唆内容不明确，只要由于该教唆而使被教唆人产生了犯意，无论实施了何种犯罪，只要没有明显超出教唆范围，都不应视为实行过限，教唆人与被教唆人就最终的犯罪后果共同承担刑事责任。

在共同犯罪中，各个共犯的犯意和行为之间存在着一种动态的联络和作用，共同犯意形成后，共犯各方由于受到个人心理素质、自控能力、犯罪诱因、法律后果等错综复杂因素的影响，可能对原共谋犯意做出调整或改变，或者由于共谋犯意本身不确定，以至于最终犯罪结果常常具有不确定性。部分共犯临时改变行为，其他共犯一般能够及时了解，并随即表明自己的态度，修正自己的行为。这样，共同犯罪人在最初共同的基础上，经过变化、如默认、放任或同意而可能达成最终的一致。这种默认、放任的行为纵容了犯罪的发生，具有严重的社会危害性，应属于共同犯罪行为，而不是实行过限。持默认、放任态度的共犯与其他实行犯共同承担罪责。

结合本案，被告人王甲因琐事指使被告人王乙、邓某等人教训被害人，被告人王乙又继续纠集他人。被告人王甲仅指使其他同案犯“教训”被害人，未明确教训的内容和方式，也未明确教训的程度，其教唆系内容不明确的概然性教唆，无论被教唆人实施了何种犯罪，只要没有明显超出教唆范围，都不应视为实行过限。故意伤害属于教训的范畴当无疑议，在故意伤害的同时暴力劫取财物，也未明显超出教训的范围，不应视为实行过限。其次，被告人王甲明知其纠集的八人将二被害人强行带离网吧，并强行带走，应当预见到可能会发生严重的犯罪行为，却未提出异议，其主观上放任严重犯罪后果的发生，应与实施严重犯罪的被教唆人共同承担责任。最后，被纠集的八人决定实施抢劫，并分两批上山，胁迫被害人给家人打电话汇款，下山取款是一个比较长的过程。被告人王甲在抢劫犯罪实施的初始阶段即通过电话得知被纠集人在山上抢劫被害人财物，但其未提出异议，一方面表明其“教

训”的概然性教唆中本身就包括抢劫；另一方面，即使其初始犯意不包括劫取财物，在其明知被教唆人已扩大犯意的情况下，仍未提出异议，则其对抢劫的犯罪后果持放任态度，其通过放任与其他共同犯罪人达成了抢劫被害人的一致犯意，其行为构成抢劫罪，系抢劫罪的共犯。

编写人：福建省厦门市海沧区人民法院　牟燕

三、刑罚的具体运用

13

规劝并陪同同案犯投案行为性质的认定

——李某、刘某行贿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2009）二中民终字第08989号刑事判决书

2. 案由：行贿罪

【基本案情】

被告人李某、刘某于2010年3月，为承建北京市怀柔区雁栖镇西栅子村牌楼及配套项目工程（此项目资金来源为怀柔区经济和信息化委员会下拨的2010年乡镇企业扶持资金），共同向该村党支部书记常某、村委会主任陈某（均另案处理）每人行贿人民币10000元，并于2010年4月5日与该村签订合同，取得该项目的承包权。

2012年3月，西栅子村村民以观光园牌楼工程款过高一事到怀柔区雁栖镇镇政府上访，陈某害怕受贿事发，于4月20日到怀柔区检察院自首，并交代伙同常某受贿的犯罪事实；4月23日，怀柔区反贪污贿赂局传唤李某到案接受审查，李某如实供述所犯行贿罪行，次日被取保候审；4月24日，常某自首。5月15日，侦查人员传唤李某至怀柔区检察院，要求李某联系刘某，劝说刘某尽快自首。经李某规劝，6月4日，李某陪同刘某投案。

【案件焦点】

李某在侦查人员安排下，规劝并陪同同案犯投案行为是否构成立功。

【法院裁判要旨】

北京市怀柔区人民法院经审理认为：被告人李某、刘某无视国法，为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物，其行为均已触犯我国刑律，构成行贿罪，依法均应予惩处。鉴于李某归案后能够如实供述自己的罪行，揭发同案犯共同行贿的犯罪事实，自愿认罪、悔罪；刘某有自首情节，自愿认罪、悔罪，故对李某、刘某均依法从轻处罚并适用缓刑。

怀柔区人民法院《中华人民共和国刑法》第三百八十九条第一款、第三百九十条第一款、第二十五条第一款、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第七十三条第二、三款及最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第六条，对被告人刘某依照《中华人民共和国刑法》第三百八十九条第一款、第三百九十条第一款、第二十五条第一款、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第七十三条第一、三款之规定，判决如下：

一、被告人李某犯行贿罪，判处有期徒刑八个月，缓刑一年。

二、被告人刘某犯行贿罪，判处拘役六个月，缓刑一年。

北京市怀柔区人民检察院的抗诉意见是：李某在侦查机关安排下规劝刘某自首，系协助司法机关抓捕同案犯，应认定具有立功情节，一审判决未认定该情节系错误，导致对李某量刑不当。

北京市人民检察院第二分院当庭除坚持北京市怀柔区人民检察院的抗诉意见外，另提出：李某的行为使刘某及时归案并认罪服法，减少了诉讼成本，该行为产生的作用和社会效果明显超过协助抓捕，应得到肯定性评价，依法应认定为立功，建议对李某从宽处罚。

北京市第二中级人民法院认为：关于北京市怀柔区人民检察院、北京市人民检察院第二分院所提应认定李某具有立功情节，一审法院对李某量刑不当的抗诉意见及二审出庭意见，经查，在案证据可以证明李某应侦查人员的要求，规劝并陪同刘某主动投案，李某的行为系“其他有利于国家和社会的突出表现”，依法应认定为立功，一审判决未认定李某具有立功情节不妥，导致对李某量刑不当。依照《中华人民共和国刑法》第三百八十九条第一款、第三十七条、第二十五条第一款、第六

十七条第一款、第六十八条，最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条、第五条、第六条及《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销北京市怀柔区人民法院（2012）怀刑初字第00277号刑事判决。

二、原审被告人李某犯行贿罪，免予刑事处罚。

三、原审被告人刘某犯行贿罪，免予刑事处罚。

【法官后语】

李某规劝并陪同同案犯刘某自首的行为，应认定为立功，具体分析如下：

1. 李某的行为不应认定“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”。自首和“协助司法机关抓捕”均是被告人归案方式，但不能并存。最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条规定“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）”，强调的不是归案结果而是归案的方式，该条文将被告人归案方式限定于司法机关主动执法进行抓捕。认定刘某主动投案，就不能认定刘某是被抓捕到案。

2. 李某根据侦查人员的要求劝说并陪同刘某自首应认定为“具有其他有利于国家和社会的突出表现”。我国刑法第六十八条对立功作了开放性规定，最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条沿袭了立法精神，除对立功情节细化（如协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人）外，还规定“具有其他有利于国家和社会的突出表现的，应当认定为有立功情节”。相较于提供同案犯的线索，协助司法机关抓捕同案犯，根据司法机关的要求，积极主动劝说并陪同同案犯投案，更有利于节省有限的司法资源和同案犯的认罪服法。举轻以明重，劝说并陪同同案犯投案并协助司法机关抓捕同案犯更有利于国家和社会，应认定为立功。

3. “协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”、“具有其他有利于国家和社会的突出表现”均系最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条规定的立功情节，从法律条文关系看，“其他”是对前面列举四种立功情形的补充规定且不包括该四种情形，同一立功行为不能既属于四种列举的立功情节之一，又属“具有其他有利于国家和社会的突出表现”。

综上，本案犯罪情节较轻，且李某到案后如实供述伙同刘某行贿的犯罪事实，

规劝并陪同刘某主动投案，具有立功情节；刘某主动投案后亦如实供述犯罪事实，具有自首情节，一审法院认定李某、刘某犯行贿罪的事实清楚，证据确实、充分，审判程序合法。唯未认定李某具有立功情节不当，对李某、刘某量刑过重，应依法予以改判。

编写人：北京市第二中级人民法院　周耀

14

被告人取保候审前系被抓获归案，“脱保”后归案的行为不能认定自首

——葛某贩卖毒品案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中刑终字第614号刑事裁定书

2. 案由：贩卖毒品罪

【基本案情】

2009年12月2日，群众举报被告人葛某有贩毒嫌疑，并于当日向葛某约购毒品，葛某告知其男友刘某交易地点。当日23时许，刘某在交易地点向买毒人员贩卖毒品时被当场抓获，当场起获毒品甲基苯丙胺0.68克。后刘某带领公安人员在本市朝阳区其二人暂住地将被告人葛某抓获，并当场起获毒品甲基苯丙胺13.02克。因葛某怀孕，公安机关对其办理了取保候审手续，后其脱保，公安机关作出对葛某解除取保候审的决定，并对其办理刑事拘留手续进行网上追逃。被告人葛某于2011年7月14日自动投案。

【案件焦点】

被告人葛某脱保后归案的行为能否认定自首。

【法院裁判要旨】

一审法院判决认为：被告人葛某违反国家对毒品的管理制度，伙同他人贩卖毒品甲基苯丙胺13.70克，其行为已构成贩卖毒品罪，应予惩处。因被告人葛某取保候审前系被抓获归案，办理取保后脱保，后又自动投案，不宜认定为自首。鉴于本案系公安机关通过特情介入侦破，且所涉毒品已起获，尚未流入社会，故依法对被告人葛某从轻处罚。据此，判决：被告人葛某犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑七年六个月，剥夺政治权利一年，罚金人民币七千五百元。

一审宣判后，原审被告人葛某提出上诉，理由为：其脱保后自动投案，应认定自首；其只参与贩卖毒品0.68克，对于家中另藏有13.02克毒品其并不知情；原判对其量刑过重。

二审法院认为：上诉人葛某违反国家对毒品的管理制度，伙同他人贩卖毒品甲基苯丙胺13.70克，其行为已构成贩卖毒品罪，应予惩处。对于上诉人葛某所提其脱保后主动投案的行为应认定自首的上诉理由，经查，上诉人葛某取保候审前系被抓获归案，办理取保后脱保，后虽能在亲属陪同下向公安机关投案，但该行为不能成立自首，该上诉理由及辩护意见无法律依据，对该上诉理由不予采纳。对于上诉人葛某所提在其暂住地起获毒品数量不应计入其贩卖数量的上诉理由，经查，葛某伙同刘某共同贩卖毒品，故在其暂住地被查获的毒品数量均应认定为其贩卖的数量，该上诉理由无事实及法律依据，亦不予采纳。鉴于本案系公安机关通过特情介入侦破，且所涉毒品已起获，尚未流入社会，故依法对上诉人葛某从轻处罚。一审法院根据上诉人葛某犯罪的事实，犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度所作出的判决，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定，裁定：驳回上诉人葛某的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的主要争议焦点是被告人葛某脱保后归案的行为能否认定为自首。对于该问题理论和实践中存在两种观点：

第一观点认为：被告人“脱保”后主动归案的行为，反映被告人存在再次将自己置于司法机关的控制之下的主观意愿，体现其已对之前犯罪行为真诚悔过，主观

恶性和人身危险性已实际降低，对“脱保”后主动归案的行为认定自首，一方面节约了司法机关的追诉成本，符合自首制度的立法本意，另一方面也符合我国刑法“犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行”的规定，故对这种行为应认定为自首。

第二种观点认为：被告人“脱保”后主动归案的行为虽然在形式上符合刑法关于自首的规定，但在实质上并不符合自首的法定构成要件，且将被告人“脱保”后主动归案的行为认定为自首客观上会对司法实践产生不利影响，被告人在取保候审期间负有遵守纪律的特定法定义务，对于被动归案的被告人脱保后主动归案的行为如果均以自首认定，实际上使违背法定义务的被告人从其“脱保”行为中获益，违背罪刑均衡的要求。

我们认为对于被动归案被告人，在到案后能够如实供述罪行，办理被取保候审后脱保，然后再主动归案的情况，对该被告人不宜认定具备自首情节。

1. “脱保”后主动投案不具备法律规定的时间要件和实体要件

根据1998年最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，自动投案是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。该规定对主动投案的时间要件明确限制在“犯罪之后归案之前”。其中包括两种情形，一种是犯罪事实和犯罪分子尚未被司法机关发觉而自动投案，另一种是犯罪事实或犯罪分子已被司法机关发觉，但尚未被讯问、未被采取强制措施而自动投案。本案中，葛某在被公安机关抓获归案之后，其主动投案的时间窗口即已经关闭，而且在其“脱保”之前，本案犯罪事实均已被司法机关所掌握，不存在“未被发觉的犯罪事实”，将葛某脱保后主动投案认定为自首，也不符合自首制度中节约司法成本的立法初衷。

2. 从规定自首的立法精神的角度看，不应认定为自首

脱保后的主动归案，不应被认定为节约了司法资源，而应当被评价为避免了司法资源的继续浪费。脱保后的主动投案，虽然形式上与犯罪嫌疑人的主动投案在行为上具有类似性，但从主观心态上具有较为极端的对抗性，是在明知其犯罪事实和人身已被司法机关控制的情况下，以逃匿行为对抗司法追究，与自首制度中非对抗的内在追求截然相悖。

在其犯罪事实和人身已被司法机关掌握和控制的情况下擅自脱保，是以其行为

对国家法律制度的进一步违背和对抗，被告人的主动归案是对错误行为的主动补救，而非因此而获益或者获得褒奖。

3. 从罪刑均衡的角度看，不应认定为自首

取保制度的设立体现了刑事诉讼人权保障的价值目标，被追诉人在取保候审期间负有遵守相关纪律的特定法定义务，在取保候审过程中擅自脱保的行为是对刑事司法和人权保障的双重破坏。将脱保后自动到案的行为认定为自首，为最终的量刑人为地制造了困扰，与在取保候审期间能够很好遵守法定义务的被追诉人相比，脱保后自动到案的被追诉人在量刑中将会得到更多的从轻机会和更多的肯定评价。这种量刑上的失衡将从根本上对取保候审制度造成伤害，不但没有增加“脱保”被追诉人的违法成本，反而对其主动到案行为予以褒奖，实际上将变相鼓励“脱保”行为，也违背自首制度追求的对社会群众所产生的教育和引导积极社会效果。

脱保后能够主动投案的行为存在一定程度上存在值得鼓励的价值，在这种情况下刑法的谦抑性应体现在相较于脱保后再次抓获归案的被告人而言能够得到从轻，而非片面的从其“主动到案”出发认定其自首，否则即违背自首制度及取保候审制度的立法本意，也为司法实践造成客观上的困扰。

编写人：北京市第一中级人民法院　相阳

15

“现场待捕”型自首的认定

——尚某盗窃案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中刑终字第65号刑事判决书

2. 案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人尚某于2011年9月2日23时许，在北京市西城区月坛北小街某火锅店，趁经理张某不备之机，从张某放在吧台上的挎包内盗走人民币1300元。后被抓获。

【案件焦点】

尚某"现场待捕"是否构成自首。

【法院裁判要旨】

一审法院认为，被告人尚某以非法占有为目的，秘密窃取他人财物数额较大的行为，侵犯了公民的财产权利，已构成盗窃罪，依法应予以惩处。鉴于尚某自愿认罪，赃款已全部追缴，可对被告人尚某依法从轻处罚。据此，判决：被告人尚某犯盗窃罪，判处拘役四个月，并处罚金人民币1000元。

北京市西城区人民检察院的抗诉意见及北京市人民检察院第一分院检察员在本院开庭审理中发表的意见均为：尚某明知被害人已经报警，在现场等待并向被害人承认盗窃事实，民警到现场之后，尚某没有拒捕行为，供认犯罪事实，应当视为自首。一审判决未认定自首属于适用法律不当。

原审被告人尚某对一审认定的事实和证据均无异议，希望二审法庭依法对其从轻处罚。

在二审审理期间，北京市人民检察院第一分院向法庭出示了一份由二审检察员向张某调取的证言，意图证明：在警察赶到前，张某并没有对尚某采取限制人身自由的强制措施。

原审被告人尚某未向法庭提交新证据。

经二审审理查明的事实、证据与一审法院认定的事实、证据相同。一审判决所据证据，收集合法，且经法定程序查证属实，能够证明案件事实情况，本院予以确认。

对于二审期间，北京市人民检察院第一分院向法庭出示的张某的证言，经查，该证言的来源合法，经过二审庭审的举证、质证，能够证明案件事实，本院予以确认。

对于北京市西城区人民检察院及北京市人民检察院第一分院关于尚某明知被害人已经报警，在现场等待并向被害人承认盗窃事实，民警到现场之后，尚某没有拒

捕行为，供认犯罪事实，应当视为自首。一审判决未认定自首属于适用法律不当的抗诉意见和支持抗诉意见，经查，尚某在他人报警之后，一直在现场等待。尽管被害人一方没有对其采取人身强制措施，但是尚某的供述以及张某的证言均能证实在被害人报警之后，张某一直与尚某一起待在饭店内的员工宿舍中，尚某亦尚未归还盗窃的钱款，尚某在客观上并不具备离开现场的可能性，不属于“能逃而不逃”的情形。其留在现场等待的行为不足以反映出其主观上具有投案的主动性和自愿性，不应视为自动投案，不能认定为自首。故对于北京市西城区人民检察院和北京市人民检察院第一分院的抗诉意见及支持抗诉意见，本院不予采纳。

本院认为，原审被告人尚某以非法占有为目的，秘密窃取他人钱款的行为，依据一审审理期间的法律规定，已构成盗窃罪。一审法院根据尚某犯罪的事实、犯罪的性质、情节及对于社会的危害程度所作出的判决，事实清楚，证据确实、充分，审判程序合法，定罪及适用法律正确。鉴于在二审审理期间，北京市关于盗窃犯罪的处罚标准发生变化，尚某的盗窃行为属于情节显著轻微，故根据现行标准，原审被告人尚某的盗窃行为不构成盗窃罪。据此，依照《中华人民共和国刑法》第十二条、第十三条及《中华人民共和国刑事诉讼法》第十五条第（一）项之规定，判决如下：

一、撤销北京市西城区人民法院（2011）西刑初字第739号刑事判决书；

二、原审被告人尚某无罪。

【法官后语】

由于二审期间，北京市关于盗窃犯罪的数额标准发生改变，故对于二审改判原审被告人尚某无罪不存在争议。但是一审判决认定被告人尚某不构成自首是否正确，存在争议。即尚某明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，如实供认犯罪事实的行为是否构成自首。

根据刑法规定：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首……”。故成立典型自首需要具备自动投案和如实供述自己罪行两个要件。本案中，尚某能够如实供述自己的盗窃罪行，能否认定其构成自首，关键在于能否认定其属于自动投案。1998年5月9日施行的《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条第（一）项规定了七种应当视为自动投案的情形，这些投

案的情形不仅能够体现犯罪嫌疑人具有一定的主动性和自愿性，同时也有助于节约司法资源。2010 年 12 月 22 日施行的《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》中规定：《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条第（一）项规定七种应当视为自动投案的情形，体现了犯罪嫌疑人投案的主动性和自愿性。同时又增加了一些能够体现投案的主动性和自愿性，有助于节约司法资源，应当视为自动投案的情形。其中包括“明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实的”的情形。

抗诉机关认为本案中，尚某即属于该种情形，故应当认定为自动投案。但是，我们认为，对于《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》中所提到的“现场待捕”型的自首不能仅从形式上进行认定。要结合自首的本质特征上去理解并适用此种类型的自首。

1. 自动投案的本质属性是犯罪嫌疑人投案的主动性和自愿性。《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》列举的各种视为自动投案的前提也是要求能够体现犯罪嫌疑人投案的主动性和自愿性。故“明知他人报案而在现场等待”成立自动投案的，应当是犯罪嫌疑人自愿在现场等待，有机会逃走而未选择逃走，即“能逃而不逃”。而不应包括由于某些客观原因导致犯罪嫌疑人只能在现场等待的情形。

2. 认定“能逃而不逃”要依据客观证据，结合具体案件综合认定。我们认为，认定“能逃而不逃”应当首先根据客观证据判断犯罪嫌疑人是否具有逃走的可能性，再根据其他证据判断犯罪嫌疑人未逃离现场的原因。只有在客观上具有逃走的条件，犯罪嫌疑人又出于自愿的在现场等待抓捕的情形，才能认定为“现场待捕”型的自首。

3. 对“现场”的理解。不能将该“现场”仅限定为作案现场。在作案现场以外的其他场合，犯罪嫌疑人明知他人报案，而自愿等待抓捕，无拒捕行为，如实供述其罪行。该行为同样体现了犯罪嫌疑人主动、自愿将自己交付法律制裁的意图，也节约了司法资源，符合自动投案的本质属性。

具体到本案中，尚某在明知他人报警之后，一直留在现场等待警察抓捕。此时其犯罪行为已经败露，尽管尚某没有实施逃走的行为，被害人也没有对尚某采取具体的强制措施，但是饭店经理安排张某陪尚某留在饭店内的员工宿舍等待警察，就

是防止其逃走。故尚某只能待在现场，客观上无法逃走，已经不具备成立自首的客观条件。因此，不应认定其构成自首。

编写人：北京市第一中级人民法院　江伟　郑纲

16

主动供述犯罪事实与准自首的认定

——曹某引诱他人吸毒案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市石景山区人民法院（2012）石刑初字第344号刑事判决书

2. 案由：引诱他人吸毒罪

【基本案情】

2012年1月，被告人曹某在其与史某位于本市的暂住地阳台内种植大麻8株，并将种植大麻的图片发至互联网。同年2月至4月间，曹某在暂住地内多次吸食大麻叶，并多次引诱史某与其一同吸食大麻叶。同年4月30日，被告人曹某因在互联网上发布大麻植物的图片而被公安机关查获，后曹某主动交代其多次引诱史某吸食大麻的事实。

【案件焦点】

被告人曹某的行为是否符合准自首的构成要件。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：被告人曹某多次在其暂住地内引诱他人吸食毒品，其行为构成引诱他人吸毒罪，应依法予以惩处。被告人曹某因在互联网发布大麻植物的照片被公安机关查获后，主动供述侦查机关尚未掌握的其引诱他人吸毒的犯罪事实，系自首，可对其依法从轻处罚。北京市石景山区人民检察院指控

被告人曹某犯引诱他人吸毒罪的事实清楚，证据确实充分，指控的罪名成立。被告人曹某辩护人关于其系自首、认罪的辩护意见，与查明的事实及相关法律规定相符，予以采纳。据此，根据被告人曹某犯罪的事实、性质、情节和对社会的危害程度，依据《中华人民共和国刑法》第三百五十三条第一款，第六十七条第一款、第四十二条、第四十四条、第五十二条、第五十三条、第六十一条及《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第五条之规定，判决如下：

被告人曹某犯引诱他人吸毒罪，判处拘役五个月，并处罚金人民币1000元。

【法官后语】

本案的焦点问题在于对准自首中“在法律、事实上密切关联”罪行的认定。最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（以下简称《意见》）第三项指明，“犯罪嫌疑人、被告人在被采取强制措施期间如实供述本人其他罪行，该罪行与司法机关已掌握的罪行属同种罪行还是不同种罪行，一般应以罪名区分。虽然如实供述的其他罪行的罪名与司法机关已掌握犯罪的罪名不同，但如实供述的其他犯罪与司法机关已掌握的犯罪属选择性罪名或者在法律、事实上密切关联，如因受贿被采取强制措施后，又交代因受贿为他人谋取利益行为，构成滥用职权罪的，应认定为同种罪行。”

在认定刑法分则个罪时，不同犯罪之间的区别主要体现在犯罪的客观方面，尤其是类罪之间。因此，“法律、事实上的密切关联”更多的发生在犯罪客观方面存在交叉和重合的犯罪之间，而不可人为扩大适用。我们认为，除了《意见》中列举的受贿案件，有两类案件可以认定为具有“法律、事实上的密切关联性”。

一为存在法律竞合的犯罪之间（包括法条竞合与想象竞合）。以法条竞合为例，一个犯罪行为触犯不同的罪名，但罪名涉及的主要事实是相同的，不同罪名之间是普通与特殊的关系，特殊必然具有一般的特征，特殊罪名的犯罪事实必然是普通罪名的犯罪事实。例如诈骗罪和信用卡诈骗罪之间，必然存在诈骗行为事实的竞合。如果司法机关以嫌疑人涉嫌犯信用卡诈骗罪被采取强制措施，嫌疑人供述了诈骗的主要事实，案件最终因缺乏证据证明利用信用卡的事实，认定为诈骗，不能因为定罪采用了不同罪名，就认定行为人成立自首。因为司法机关已经掌握了诈骗行为的竞合部分，不能认定为准自首。

二为兜底性犯罪和具体犯罪之间。例如在运输毒品罪和非法持有毒品罪，若司法机关因为掌握嫌疑人运输毒品的部分事实将其抓获，嫌疑人又主动交待了持有毒品的事实，但最终由于证据不足，以持有毒品罪定罪处罚。由于司法机关以嫌疑人运输毒品罪将其抓获，运输毒品必然持有毒品，司法机关已经掌握，嫌疑人供述持有毒品的行为亦不成立准自首。

本案中，被告人曹某因为涉嫌非法种植毒品原植物被采取强制措施后，又交代了引诱他人吸毒的事实，二者显属不同罪名，亦非选择性罪名，如曹某不主动向公安机关交待引诱曹某吸毒的事实，公安机关很难根据合理怀疑展开侦查。若仅依据二行为之间在行为对象具有重合性就判断二者存在“法律、事实上的密切关联”，无疑是偏颇的。

编写人：北京市石景山区人民法院　牟芳菲　于明

17

人赃俱获后又如实供述其他盗窃事实构成盗窃罪的，可认定为自首

——赵某盗窃案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市通州区人民法院（2012）通刑初字第578号刑事判决书

2. 案由：盗窃罪

【基本案情】

2012年3月18日，被告人赵某在通州区马驹桥镇三街村好再来旅馆内盗窃电脑主机1台；2012年3月20日，被告人赵某在通州区马驹桥镇二街村蓝色必酷网吧内盗窃电脑主机1台，价值人民币850元；2012年3月22日4时许，被告人赵

某再次到通州区马驹桥镇二街村蓝色必酷网吧内盗窃台式电脑1台，价值人民币1150元。被告人赵某携带第三起所盗台式电脑经过北京市经济技术开发区宏达中路时，被巡逻民警抓获并对其行政拘留，在行政拘留期间，赵某主动交代前两起盗窃事实。

【案件焦点】

赵某被行政拘留后，主动交代两起盗窃事实，综合评价构成盗窃罪，对于该情形是否应当认定自首。

【法院裁判要旨】

北京市通州区人民法院经审理认为：赵某无视国法，以非法占有为目的，采用秘密手段多次窃取他人财物，且数额较大，其行为已构成盗窃罪，依法应予惩处。北京市通州区人民检察院指控赵某犯盗窃罪，事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。被告人赵某曾因犯罪被判处有期徒刑，在刑罚执行完毕后五年内故意再犯应当判处有期徒刑刑罚之罪，系累犯，依法应当从重处罚。鉴于赵某在犯罪后因形迹可疑被盘问后，主动交代自己的罪行，具有自首情节，且部分赃物已被起获并发还，依法可对其从轻处罚。根据赵某的犯罪事实、性质、情节和对于社会的危害程度等，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第六十五条第一款、第六十七条第一款、第五十二条、第五十三条、第六十四条和最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条之规定，判决如下：

一、赵某犯盗窃罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金人民币1000元。

二、继续追缴被告人赵某违法所得，发还本案被害人。

【法官后语】

本案被告人赵某应当认定为自首，理由如下：

1. 关于“形迹可疑”的认定问题

我们认为，在行为人身上发现涉案物品的，不能不分情况，一概不认定自首。正如上述第一种意见的理由所述，“形迹可疑型自首”把握的重点在于主动交代犯罪事实对确定犯罪嫌疑人是否具有实际意义。在公安民警例行检查时，尚不能将行为人与特定待侦案件联系起来，只是在行为人身上发现涉案物品，而行为人如实供

述的，应当具体问题具体分析是否应当认定自首。若行为人拒不交代，侦查机关在对涉案物品来源、所有人查证后无法确定涉嫌犯罪的情况下，行为人不仅如实交代，而且指引公安机关侦破案件的，应当认定为自首。此外，对“形迹可疑”的认定，还要考虑公安机关例行检查的时间、涉案物品与行为人身份匹配等情况。如行为人驾车在公安检查站被例行检查时，车后备箱藏有几十部已使用各种类型手机、他人银行卡等物，其又无法合理解释来源的；即使被告人当即如实供述犯罪事实，以上情况均不能认定为“形迹可疑型自首”。在本案中，被告人赵某在案发前担任蓝色必酷网吧的网管，其被查获时携带的也是从该网吧所盗的电脑，赵某对该电脑内设程序、装载文件十分熟悉。我们认为，赵某的如实交代对确定犯罪嫌疑人、查明案件事实具有实质意义，相应地节省了司法资源，使案件得以及时侦破与审判，符合自首的立法本意。

2. 关于“如实供述同种性质行为”的法律评价问题

有意见认为，被告人赵某在被行政拘留期间如实交代的尚未被司法机关掌握的盗窃事实，不仅与已查获时行为属同种罪行，且主动交代部分不是“主要犯罪事实”，故不应认定为自首。笔者认为，所谓主要犯罪事实，是指对认定行为人的行为性质有决定意义的事实、情节（即定罪事实），以及对量刑有重大影响的事实、情节（即重大量刑情节）。[①] 在本案中，赵某被查获时如实供述盗窃事实，涉案物品价值仅为人民币1150元，尚未达到北京市关于盗窃犯罪数额人民币2000元的处罚标准，在对其行政拘留后，其供述了公安机关尚未掌握的前两起盗窃事实。恰恰是被告人赵某如实供述了不被公安机关掌握的第一、二起盗窃事实，才使得司法机关对赵某的三起盗窃行为综合评价，构成盗窃罪。也就是说，赵某在行政拘留期间交代的盗窃事实对定罪起关键和决定作用，该事实是定罪事实，应当认定为“如实供述自己的主要犯罪事实”。

综上，该案到案情况应认定为“形迹可疑型自首”。

编写人：北京市通州区人民法院　于俊平

① 高憬宏、杨万明主编：《基层人民法院法官培训教材（实务卷·刑事审判篇）》，人民法院出版社2005年版，第54页。

18

案件发生后到公安机关说明情况，回家等候通知，能否认定自首

——王某故意伤害案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

云南省昭通市巧家县人民法院（2012）巧刑初字第130号刑事判决书

2. 案由：故意伤害罪

【基本案情】

2012年4月18日晚上八时许，巧家县金塘乡煤炭村花山八社三组组长施进某召集村民在小地名叫“水井”的地点开会讨论灌溉用水的事情，在开会讨论的过程中，被告人王某和施进某为用水的事情发生争执并相互抓扯，施文某前去劝架，在此过程中被告人王某从地上捡了一个石头甩出去，打伤了施文某。施文某因右额叶硬膜外血肿，于2012年6月19日经巧家县公安司法鉴定中心鉴定为重伤。案发次日（2012年4月19日）被告人王某到巧家县公安局金塘派出所反映，与他人发生打架，派出所工作人员叫其医了来解决。案发后被告人王某的妻子与被害人施文某就民事赔偿达成协议，由王某妻子代王某赔偿了施文某医药费等经济损失合计5000元。被害人施文某对王某的行为表示谅解，请求对王某从宽处理。

【案件焦点】

被告人王某案件发生后到公安机关说明情况，回家等待通知，能否认定自首。

【法院裁判要旨】

巧家县人民法院经审理认为：被告人王某明知其行为会发生危害社会的结果，从地上捡了一个石头甩出去，造成了他人重伤的后果。被告人王某的行为，构成故意伤害罪。公诉机关指控被告人王某犯故意伤害罪罪名成立，应依法处罚。被告人

王某于案发次日即到公安机关反映与他人打架，派出所工作人员叫其私了来解决，且一直在家直至被公安机关抓获，应视为自动投案；被告人王某到案后如实供述犯罪事实。对被告人王某的该行为应认定为自首。本案系村民之间因灌溉用水引发，被告人王某具有自首情节，其家属赔偿了被害人的经济损失，被告人王某的行为得到了被害人的谅解。为体现宽严相济的刑事政策，对被告人王某适用缓刑确实不致再危害社会，可以对被告人王某从轻处罚并宣告缓刑。

巧家县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第二款、第六十七条第一款、第七十二条第一款的规定，作出如下判决：

被告人王某犯故意伤害罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年。

【法官后语】

本案被告人王某的行为构成故意伤害罪，没有争议。焦点在于王某是否构成自首。一种观点认为被告人王某的行为不构成自首。理由是案发后被告人王某到了公安机关，公安机关未对其制作笔录，不具备自首要求的形式要件。并且被告人王某在案发后直至被抓获，均未到公安机关说明情况，不具有主动性，其行为不构成自首。另一种种观点认为被告人王某的行为构成自首。理由是案发后被告人王某就到了公安机关说明与他人发生打架，具备自首的主动性。到案后如实供述了犯罪事实，具备自首要求的自动投案和如实供述犯罪事实。成立自首。

笔者赞同第二种观点。根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。（一）自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。（二）如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。本案发生在较为偏远的山区，被告人在纠纷发生后首先想到的是寻求公力救济，到公安机关说明自己与他人打架，要求解决，具备自首的主动性，应当给予肯定；公安机关未作处理，被告人王某回到家中，并未外出或逃离，被公安机关抓获后如实供述了犯罪事实，具备自动投案和如实供述犯罪事实的自首要件，成立自首。被告人王某法律知识欠缺、思维局限，之后一直待在家中，没有再次到公安机关说明情况，不能因此否定其主动投案和如实供述的事实。另外，公安机

关工作人员处理该案执法不主动，工作不到位，未按规定的程序办理案件是导致被告人王某投案后未归案的根本原因，不能由被告人王某承担未归案的不利后果。

编写人：云南省昭通市巧家县人民法院　杨德银

19

被讯问时交代办案机关已掌握的犯罪事实不构成自首

——张某受贿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省黄石市黄石港区人民法院〔2012〕鄂黄石港刑初字第00134号刑事判决书

2. 案由：受贿罪

【基本案情】

2007年11月至2012年4月，被告人张某利用其担任黄石市黄石港区市容环卫处处长的便利，多次收受有偿服务收费承包人熊某的好处费，共计人民币408000万元。在被告人张某的帮助和支持下，熊某承包的收费额度及奖励提成逐年上升。具体事实如下：

1. 2007年11月份，被告人张某在其办公室收受熊某人民币20000元；

2. 2008年底，被告人张某在其办公室收受熊某人民币20000元；

3. 2009年，被告人张某先后两次收受熊某人民币共计48000元；

4. 2010年，被告人张某先后三次在其办公室收受熊某人民币共计90000元；

5. 2011年，被告人张某先后四次在其办公室收受熊某人民币共计130000元；

6. 2012年4月5日，被告人张某收受熊某通过卡卡转账形式送与的人民币100000元。

2012年上半年，按照黄石港区环卫体制改革实施方案，被告人张某因年龄原

因要提前退出领导岗位，被告人张某因害怕自己收受熊某好处费之事被相关部门发现，为了减轻和逃避法律责任，被告人张某于同年 5 月 12 日通过卡卡转账的形式退还给熊某 41 万元人民币。

2012 年 5 月 23 日，黄石市黄石港区人民检察院反贪污贿赂局接到举报信称：黄石港区环卫处在环卫有偿服务收费发包过程中，存在贪污受贿行为。该局随即展开初查，于 2012 年 5 月 30 日晚将环卫处收费承包人熊某带到该院进行调查询问，在调查过程中熊某很快交待了自 2007 年 11 月份至 2012 年 4 月份，其在奖励提成兑现后，多次给时任黄石港区市容环卫处处长的张某送钱的事实，并交待张某已于 2012 年 5 月 12 日通过卡卡转账形式把钱退还给她。2012 年 5 月 31 日上午 8 时 30 分许，黄石港区城市建设管理局党委书记熊某通知张某到其办公室，随后，黄石港区纪委办案人员将张某带到宾馆 107 房间进行谈话，并于 2012 年 5 月 31 日下午将张某移送至黄石港区人民检察院反贪污贿赂局接受调查。

【案件焦点】

被告人张某是否具有自首情节。

【法院裁判要旨】

黄石市黄石港区人民法院经审理认为：被告人张某利用职务上的便利非法收受他人人民币共计 408000 元，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。公诉机关指控的罪名成立，本院予以确认。对于被告人张某的辩护人提出被告人张某有自首情节的辩护意见，本院认为被告人张某到案之前办案机关已经通过举报信及收费承包人熊某的交待掌握了被告人张某受贿的全部犯罪事实，而被告人张某没有自动投案，其是在办案机关对其进行控制及对其进行讯问后，才如实供述办案机关已掌握的犯罪事实的，故其到案及供述经过不属于自首情形，其自首不能成立，因此，对辩护人的该辩护意见本院不予采纳。但被告人张某到案后如实供述自己的犯罪事实，可以从轻处罚。

黄石市黄石港区人民法院依据《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条、第五十九条、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

张某犯受贿罪，判处有期徒刑十年，并处没收财产人民币 100000 元。

【法官后语】

本案中因被告人张某没有自动投案，且其到案时办案单位已经掌握了其犯罪事实，故本院对被告人张某不予认定自首。在实践中，关于自首的认定问题，各地法院的认识上存在差异。根据《中华人民共和国刑法》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》（以下简称《意见》）的规定，成立自首需同时具备自动投案和如实供述自己的罪行两个要件。具体到本案，可以作如下分析：

1. 是否自动投案

犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，或者虽被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问，或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时，向办案机关投案的，是自动投案。本案中被告人张某是接到其单位领导的通知后到其单位领导办公室，之后直接由纪委的工作人员带走，其显然不是自动投案。

2. 是否如实交代自己的罪行

罪行，即犯罪事实，是指客观存在的犯罪的一切实际情况的总和，包括犯罪的全部活动及其结果。犯罪嫌疑人必须按照实际情况彻底供述自己实施并由自己承担刑事责任的犯罪事实。这是自首的本质特征。但不同的犯罪嫌疑人出于作案时间、地点、次数的特殊等客观原因或生理、心理上的个体差异，往往难以作出全面准确无误地供述，因此《意见》规定，如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。从法律规定可以看出，如实供述自己的罪行，并没有要求是全面、细致的，只要能供述主要犯罪事实即可。但该主要犯罪事实，必须是客观真实的。本案中被告人张某在接受纪委的调查期间，虽然对自己收了熊某某408000元的事实予以承认，但其辩称系向熊某某的借款。其对该408000元钱性质的辩解系对其犯罪事实的掩盖，显然违背了自首系犯罪后的一种悔罪表现的这一本意。当然不能认定为如实供述。

综上，对于自首的认定需要进行全面深入的把握，从本质上进行把握，尤其是在“如实供述犯罪事实”的问题上。在本案中，被告人张某显然不具备自首的任何一个要件。

编写人：湖北省黄石市黄石港区人民法院　付芬

20

在自首后的取保期间外逃又自动投案的是否应认定为自首

——郑某危险驾驶案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省三明市清流县人民法院（2013）清刑初字第30号刑事判决书

2. 案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2012年4月4日中午，被告人郑某在家中与其弟弟喝完酒后，无证驾驶无牌普通二轮摩托车到清流县永顺花园，行至清流县供电局门口的三岔路口横过道路时，与黄某驾驶的闽GY9079号公交车发生碰剐，造成郑某受伤及两车不同程度损坏的后果。2012年4月12日，郑某与黄某就本起事故达成赔偿协议。经福建闽西司法鉴定所鉴定，郑某血液中乙醇含量为191.04mg/100ml。经交管部门认定，郑某无证、醉酒后驾驶无牌普通二轮摩托车，负本起事故的主要责任。

被告人郑某于2012年4月8日主动到公安机关投案并如实供述其酒后驾车的犯罪事实；后其在取保候审期间逃至外地，经办案机关多次通知仍不到案。2013年4月7日，郑某在亲友的陪同下主动向公安机关投案。

【案件焦点】

被告人郑某自首后，在取保候审间外逃又主动归案的情形能否认定自首。

【法院裁判要旨】

清流县人民法院经审理认为：被告人郑某在道路上醉酒驾驶机动车，其行为已构成危险驾驶罪，公诉机关指控罪名成立。被告人郑某无驾驶资格仍驾驶无牌普通二轮摩托车发生交通事故并负主要责任，酌情从重处罚。被告人郑某自首后，在取

保候审期间外逃，后又能主动到公安机关投案，根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条之规定："犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的，应当视为自动投案"，应当认定其具有主动投案情节。被告人郑某主动投案后如实供述犯罪事实，是自首，依法从轻处罚。案发后，被告人郑某与黄某达成赔偿协议，酌情从轻处罚。据此，依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条之一第一款、第六十七条第一款、第七十二条第一、三款、第七十三条第一、三款以及《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一、三条的规定，作出如下判决：

被告人郑某犯危险驾驶罪，判处拘役四个月，缓刑五个月，并处罚金人民币2000元。

【法官后语】

本案处理重点主要在于被告人郑某是否具有自首情节的问题。关于行为人自首后在取保候审期间外逃又主动归案的情形能否认定为自动投案的问题，法律和相关司法解释没有直接规定。而本案在审判中，因对《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）规定的"犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首"和"犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的，应该视为自动投案"的理解不同，出现两种意见：第一种意见认为，被告人郑某作案后虽然曾具有自首情节，但其在取保候审期间外逃，根据"犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首"的规定，其之后又主动投案的行为，不能认定为自首；第二种意见认为，被告人郑某自首后，在取保候审期间外逃，后又能主动到公安机关投案，根据"犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的，应当视为自动投案"的规定，应当认定为自动投案，其自动投案后如实供述自己的罪行，是自首。

清流县人民法院审理后认为，被告人郑某的行为应当认定为自首，理由如下：第一，被告人郑某在取保候审期间逃跑，实际是重新回到尚未投案的状态，重新获得投案自首的时机；其在此时又主动归案，仍然符合自首的"自动将自己交付追诉"的本质特点，应当认定为自动投案。第二，《解释》中关于自动投案的认定并不矛盾。"犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首"针对的仅仅是行为

人自动投案后又逃跑的行为，并未涵盖行为人自动投案后逃跑又主动归案的情形。而“犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的，应该视为自动投案”针对的不仅仅是实施具体犯罪行为后逃跑的情形，也涵盖了在犯罪后的侦查、审查起诉、审判等阶段逃跑的情形。为此，根据《解释》的规定认定被告人郑某的行为为自动投案并无不妥。第三，在现有法规无明确规定、实践审判又出现争议的情况下，在不违反法律禁止性规定的前提下，从有利于被告人的角度出发，也要考虑将郑某的行为认定为自动投案。第四，被告人郑某第一次主动投案后已经如实供述了自己的罪行，第二次主动投案后又如实供述了自己的罪行，其行为符合自首的构成要件，应当认定为自首。综合以上理由，故作出以上判决。

编写人：福建省三明市清流县人民法院　马敏

21

牵连犯的认定

——姜某合同诈骗、伪造金融票证案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中刑初字第443号刑事判决书

2. 案由：合同诈骗罪、伪造金融票证罪

【基本案情】

被告人姜某冒充芬兰籍华人自称塔鲁特·埃德澳德（以下简称埃德），虚构北京讯能恒丰经贸有限公司（以下简称讯能恒丰公司）已从北京外交人员房屋服务公司（以下简称外交人员服务公司）处租赁了北京市朝阳区建国门外大街9号齐家园外交公寓东北侧场地并可以转租用于经营服装特卖场的事实，于2003年9月至2004年1月间，使用伪造的外交人员服务公司与讯能恒丰公司关于租赁该场地的相关协议等文件，与山东长城实业集团总公司（以下简称山东长城公司）签订了

《齐家园外交人员会所院内服装、服饰特卖场租赁合同》、《委托安装市场消防工程合同》等协议，以收取房屋租金、安装消防工程费用等名义，先后骗取山东长城公司人民币528万元，后归还美元10万元。

2001年，被告人姜某指使他人伪造一份户名为埃德，金额为美元310万元的中国工商银行定期存单。2004年12月，姜某在因无法履行与山东长城公司签订的合同而被山东长城公司追索租金等费用的情况下，将该伪造的银行存单质押在证人杨更琪处作为履行合同的保证。

【案件焦点】

使用伪造的银行存单作为质押与合同诈骗行为之间是否存在手段与目的牵连关系而构成牵连犯。

【法院裁判要旨】

北京市第二中级人民法院经审理认为：被告人姜某以非法占有为目的，虚构事实，使用虚假身份在与他人签订、履行协议的过程中，骗取他人钱款，行为已构成合同诈骗罪，且数额特别巨大，依法应予惩处；姜某又伪造银行定期存单，严重扰乱金融管理秩序，行为又已构成伪造金融票证罪，依法亦应予惩处，并对所犯二罪并罚。北京市人民检察院第二分院指控被告人姜某犯合同诈骗罪、伪造金融票证罪的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。对于姜某所提其没有非法占有的目的，所骗山东长城公司的钱用于讯能恒丰公司的经营，其个人没有使用，且有能力还款，并已归还10万美元的辩解及其辩护人所提合同诈骗系单位犯罪的辩护意见，经查，本院认为，姜某在没有履行合同能力的情况下，冒充外籍华人，使用虚假身份，虚构事实，采取欺骗手段与他人签订合同，骗取巨额钱款，行为符合合同诈骗罪的构成要件；姜某在钱款到账后很快将钱款转走或提现，其中仅有小部分用于公司经营，大部分提现后去向不明或用于归还欠款，不能认定为单位行为；姜某归还10万美元系在山东长城公司追要钱款无奈的情况下，不得已的行为，没有主动性，且之后姜某再未归还过任何钱款，故姜某的辩解及其辩护人的此节辩护意见本院不予采纳。对于姜某辩护人所提姜某伪造金融票证的行为从属于合同诈骗，两个行为的目的一致，之间存在牵连关系，构成牵连犯，应按一罪处理的辩护意见，经查，姜某在2001年即指使他人伪造了涉案银行存单，当时姜某尚未有诈骗山东

长城公司的意图，因此，姜某伪造存单的目的并非诈骗山东长城公司，二者之间不存在手段与目的的关系；本案指控的是伪造行为，而非使用行为，因此行为性质应以伪造时的特征认定，故姜某辩护人的此节辩护意见无事实及法律依据，不能成立，本院不予采纳。

对于姜某辩护人所提姜某认罪态度较好，有悔罪表现，主观恶性不深的辩护意见，经查，姜某否认合同诈骗罪，仅承认伪造金融票证罪，故姜某辩护人的此节辩护意见部分成立，对该部分本院酌予采纳，对不成立的部分不予采纳。鉴于姜某能如实供述伪造金融票证的犯罪事实，对其所犯伪造金融票证罪可予从轻处罚。

北京市第二中级人民法院对被告人姜某依照《中华人民共和国刑法》第二百二十四条第（二）项、第（五）项、第一百七十七条第一款第（二）项、第六十九条、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条、第六十一条、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人姜某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十四年，并处罚金人民币140000元；犯伪造金融票证罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币80000元，决定执行有期徒刑十五年，并处罚金人民币220000元。

二、继续追缴姜某的违法所得发还山东长城实业集团总公司。

【法官后语】

本案中，被告人于2001年指使他人伪造一份310万美元的银行定期存单。2004年12月，被告人在因无法履行合同被追索租金等费用的情况下，将该伪造的银行存单质押作为履行合同的保证。一种观点认为，伪造金融票证的行为从属于合同诈骗，伪造和使用假金融票证仅是本案被告人为实现合同诈骗目的的手段，两个行为的目的一致，伪造金融票证与合同诈骗之间存在牵连关系，构成牵连犯。另一种观点认为，2001年被告人指使他人伪造银行存单时与涉案公司尚未签订合同，与后来实施的合同诈骗行为虽有手段与目的的关系，伪造金融票证行为与合同诈骗行为之间不存在牵连关系，应当数罪并罚。姜某使用伪造的银行存单作为质押与合同诈骗行为之间是否存在手段与目的或原因与结果的牵连关系而构成牵连犯？笔者同意第二种观点，理由如下：

一般认为，牵连犯是指犯罪的手段行为或者结果行为，与目的行为或原因行为

分别触犯不同罪名的情况。牵连犯有两个特征，一是手段行为或结果行为又触犯了其他罪名，二是数行为之间存在手段行为与目的行为、原因行为与结果行为的牵连关系。本案中伪造金融票证行为与合同诈骗行为触犯了不同的罪名，然而这两个行为之间是否存在牵连关系呢?

关于牵连关系，在理论上有不同主张：客观说认为，只要客观上两种行为之间具有手段行为与目的行为、原因行为与结果行为之间的关系，就具有牵连关系；主观说认为，只要行为人主观上将某种行为作为目的行为的手段行为或者作为原因行为的结果行为，就存在牵连关系；折衷说认为，只有行为人主观上与客观上都具有牵连关系时，才具有牵连关系；类型说认为，根据刑法规定与司法实践，将牵连犯的手段与目的、原因与结果的关系类型化，只有具有类型化的手段与目的、原因与结果的关系时，即只有当某种手段常用于实施某种犯罪，或者某种原因行为通常导致某种结果行为时，才存在牵连关系。如伪造武装部队公文、证件、印章冒充军人招摇撞骗的，可以认定为牵连犯，但盗窃军车后冒充军人招摇撞骗的，不应认定为牵连犯，理由是军车可以作为冒充军人招摇撞骗使用，但盗窃军车并不是冒充军人招摇撞骗的通常手段。笔者认为，客观说与主观说对牵连关系的认定比较单一，类型说在司法实践中对于手段关系与目的关系是否存在类型化的标准不统一。因此，从牵连犯的概念出发，根据主客观相一致的原则，宜采取折衷说。本案中，伪造金融票证的行为与合同诈骗的行为在客观上存在手段与目的的关系，但是被告人在2001年指使他人伪造金融票证时尚未与涉案公司有过接触，被告人伪造存单的目的并非诈骗山东长城公司，不能认为伪造金融票证行为与后来的合同诈骗行为在主观上存在手段与目的的关系，根据主客观相一致的原则，本案不构成牵连犯，应以伪造金融票证罪与合同诈骗罪惩处。

编写人：北京市第二中级人民法院　丛卓义

22

行政处罚与刑事处罚竞合中“一事不再罚”原则的适用

——曹某盗窃案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省宜都市人民法院（2012）鄂宜都刑初字第36号刑事判决书

2. 案由：盗窃罪

【基本案情】

2011年11月16日凌晨，曹某驾驶号牌为鄂D33221的面包车，在宜都市姚家店镇张家冲村三组王某某的柑橘园内，盗窃柑橘1000余斤。同年11月17日凌晨，曹某伙同他人在同一地点再次盗窃王某某柑橘800余斤，2011年11月23日被公安机关查获。2011年11月23日，宜都市公安局以曹某的行为已构成盗窃的违法行为，根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十九条的规定，做出对曹某行政拘留15天的处罚。此后，公安机关发现曹某盗窃共有三次，经鉴定价值1625元。遂将案件作刑事案件移送检察机关提起公诉。

【案件焦点】

本案中被告人曹某在提起公诉前已被公安机关给予了拘留15天的治安行政处罚，法院在刑事审判中认定曹某犯盗窃罪成立，判决单处罚金5000元。对行为人的同一行为，行政处罚与刑事处罚竞合的裁判处理从而引发争议。

【法院裁判要旨】

宜都市人民法院认为，被告人曹某以非法占有为目的，采取秘密窃取的手段，盗走他人财物价值1625元，数额较大，其行为构成盗窃罪。案发后，被告人被公安机关传讯后主动交待了犯罪事实，可认定为坦白，可从轻处罚。赃物全部退还，可对

被告人酌情从轻处罚。宜都市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第五十二条、第五十三条之规定，判决被告人曹某犯盗窃罪，单处罚金5000元。

【法官后语】

首先，从同一行为的行政违法与刑事犯罪的竞合来看，行政违法与刑事违法是包容与被包容的关系，即行政违法不一定犯罪，但构成犯罪必定是行政违法行为，双方反映的还是一种递进的关系，是一种从量变到质变的关系，结合本案来看，曹某偷盗一次或两次，盗窃金额未超过1000元，属于违反《中华人民共和国治安管理处罚法》的行为，公安机关对其进行行政处罚，符合法律规定。此后，发现其共实施了三起盗窃，盗窃金额超过1000元的犯罪起点，涉嫌犯罪，由此将案件移送检察机关提起公诉。这就是典型的一起由量变到质变的案例。显然，公安机关的行政处罚并无不当。能不能因为公安机关已对曹某行政处罚，而不再追究其刑事责任呢？答案是不能。《中华人民共和国行政处罚法》第七条第二款规定：“违法行为构成犯罪的，应当依法追究刑事责任，不得以行政处罚代替刑事处罚。”因此，公安机关对曹某行政处罚后，还应对曹某依照刑法追究其刑事责任。从行政处罚法的规定可以明确，行政处罚与刑事处罚不应适用“一事不再罚”的原则。

其次，从行政处罚与刑事处罚的种类来看，行政处罚法规定，行政处罚的种类有人身罚、财产罚、行为罚、声誉罚，而根据刑法的规定，只是对违法行为人处以有期徒刑、拘役等人身罚，并处或单出罚金、没收财产等财产罚。双方除了人身罚和财产罚是共同的以外，其他的行政处罚种类，刑法并没有涵盖。如果适用“一事不再罚”的原则，那么行政管理中的很多手段就无法实施，不足以消除违法行为人犯罪的全部危害后果，也不足以纠正行政违法行为。

综上，行政处罚与刑事处罚竞合时，不应当受“一事不再罚”原则的约束。但在处罚的执行上应当适用同种类处罚不叠加计算的原则。即《中华人民共和国行政处罚法》第二十八条规定：“违法行为构成犯罪，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期。违法行为构成犯罪，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金。”在处理方法上，应当体现刑法处罚优先的原则，因为刑法处罚比行政处罚更严厉。具体到处理案件中，如果是在行政处罚作出决定前发现该行为涉嫌犯罪，应

当停止行政处罚案件的处理，及时移送具有刑事案件管辖权的司法机关，等刑事案件处理终结后，再根据情况进行处理，处理时应当尊重刑事处罚的结果，即尊重司法的最终裁判结果，在行政处罚中只能适用对该行为刑事处罚种类之外行政处罚种类。如果是在行政处罚作出决定后，发现该行为涉嫌犯罪，应当将已处罚的结果和材料一起移送到有刑事案件管辖权的司法机关处理。

编写人：湖北省宜都市人民法院　辛保国

四、危害国家安全罪

23

非法获取并故意泄露国家秘密行为的认定

——伍某非法获取国家秘密案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中刑终字第577号刑事裁定书

2. 案由：非法获取国家秘密罪

【基本案情】

2010年1月至12月间，被告人伍某先后从伍超明处获得国家尚未公布的宏观经济数据共计19项，经鉴定为秘密级国家秘密事项，从李某处获得国家尚未公布的宏观经济数据，经鉴定机密级国家秘密6项、秘密级国家秘密5项。后被告人伍某将上述国家秘密事项，以手机短信方式分别向10余人故意泄露，累计达140余次。被告人伍某于2011年4月21日被抓获。

上述事实有相关证人证言、伍某向他人发送数据的短信记录、国家保密局出具的国家秘密鉴定书、手机照片等证据予以证实。

【案件焦点】

非法获取并故意泄露国家秘密的行为应认定为何罪。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：被告人伍某以刺探方法，非法获取国家秘

密的行为，危害国家安全和利益，破坏国家保密制度，已经构成非法获取国家秘密罪，且情节严重。但被告人伍某在非法获取国家秘密后，又故意予以泄露，不应对其数罪并罚，应对被告人择一重罪处罚，以非法获取国家秘密罪论处。

北京市西城区人民法院依据《中华人民共和国刑法》第二百八十二条第一款、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人伍某犯非法获取国家秘密罪，判处有期徒刑五年六个月。

二、随案移送的手机一部、笔记本及通讯录共计七册发还被告人伍某。

北京市西城区人民检察院提起抗诉，认为伍某的行为应以非法获取国家秘密罪和故意泄露国家秘密罪两罪进行并罚。北京市人民检察院第一分院认为，伍某的行为应认定为一罪，但是因为故意泄露国家秘密罪为重罪，故应认定为故意泄露国家秘密罪。伍某提出上诉，认为其没有主动向伍超某、李某刺探国家秘密，其行为不构成非法获取国家秘密罪。其不知道涉案数据属于国家秘密，没有泄露国家秘密的故意。

北京市第一中级人民法院经审理认为：在案证据证实，伍某等人对宏观经济数据等信息均有所需求，所以在伍某、李某等人之间，已经达成了共享经济数据的默契，相互间无需明确作出索要表示，且李某的证言多次证实是伍某向其主动索要的数据，伍超某亦证实伍某曾经向其询问过尚未公布的经济数据。故足以认定伍某向伍超某、李某刺探数据的事实。伍某作为常年从事经济研究的专业人士，其对经济数据的重要意义有高于普通人的认识；证人蔡海某等人的证言可以证实，伍某要求对其发送的数据注意保密；伍某在侦查人员向其出示通讯记录之前，始终否认其发送过经济数据的行为亦可以证实，伍某对其获取并发送的经济数据属于国家秘密具有明确的认识。伍某虽然实施了非法获取和故意泄露国家秘密的两个行为，触犯了两个罪名，但两个犯罪行为之间存在牵连关系，应对其从一重处罚。根据伍某非法获取和故意泄露国家秘密文件的数量和密级，其行为无论认定为非法获取国家秘密罪还是故意泄露国家秘密罪，应适用的法定刑幅度均为三年以上七年以下有期徒刑，且由于非法获取国家秘密罪属于行为犯，与故意泄露国家秘密罪不同，该罪不以情节严重为犯罪构成要件。因此，应以非法获取国家秘密罪从重论处。

北京市第一中级人民法院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定，裁定：驳回北京市西城区人民检察院的抗诉及伍某的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中，伍某在实施整个犯罪行为的过程中，主观上既包含有自己非法获取国家秘密的目的，同时也包含有要将该秘密泄露给他人的目的。且伍某也实施了非法获取和故意泄露的两个行为。但是，由于其非法获取和故意泄露的对象均为相同的国家秘密，且其本人获取与泄露给他人的行为均发生在极短的相同时间内，故不应认为其非法获取和泄露行为是基于各自独立、不同的主观故意，而应认定为其实施非法获取和泄露行为均基于相同的犯罪目的，即为了自己和他人掌握国家秘密而实施上述两种行为。基于此，伍某的行为应认定为牵连犯，对其择一重论处。

具体到本案中，伍某的行为对应的重罪名应为非法获取国家秘密罪。最高人民法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》第二条规定："……如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。根据该规定，本案中由于涉及的秘密数量多，无论是认定为非法获取国家秘密罪还是故意泄露国家秘密罪，均应当在两罪"三年以上七年以下有期徒刑"的法定刑幅度进行量刑。据此，不能从法定刑的规定上得出孰轻孰重的结论。

从实质上考察牵连犯从一重处罚的原则，应当落实在该行为被认定为某一罪名时，应当受到的刑罚处罚最重。因此，不能仅依据上述对比法定刑而确定罪名轻重的观点来认定从一重的罪名。最高人民法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》中关于法定刑的对比方法，主要是针对如何适用从旧兼从轻原则的，该方法可以在牵连犯、竞合犯等需要判断罪名轻重的场合被借鉴，但是仅机械地借鉴该方法往往不能得出合理结论。在法定刑设置完全一样的情况下，量刑标准上更能反映出两罪的轻重。

根据最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》中规定的故意泄露国家秘密罪的立案标准包括："1、泄露绝密级国家秘密 1 项（件）以上的；……"而根据司法实践，非法获取国家秘密罪的情节严重，一般是指非法获取国家绝密级秘密等情形。即非法获取 1 项国家绝密级秘密的，应当处三年以上七年以下有期徒刑，而故意泄露 1 项国家绝密级秘密的，应当处三年以下有期徒刑或者拘役。两相比较，虽然上一档的法定刑幅度设置相同，但是在适用该法定刑幅度的标准上（以涉绝密数量为例），故意泄露上档量刑的要求更为严格，从这个角度而言，

非法获取国家秘密应当属于两罪中的重罪。除了量刑标准之外，在刑法条文的规定中，由于非法获取国家秘密罪不以情节严重为必要。因此，也应认为非法获取国家秘密罪为重罪。

编写人：北京市第一中级人民法院　江伟

24

正确理解司法考试试题及答案的秘密期限是认定罪与非罪的关键

——陈某某非法获取国家秘密案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省泉州市鲤城区人民法院（2012）鲤刑初字第38号刑事判决书

2. 案由：非法获取国家秘密罪

【基本案情】

2011年4月，被告人陈某某与史某、徐某（均另案处理）预谋通过帮助参加2011年国家司法考试的考生作弊的手段谋利，并进行具体分工：由被告人陈某某出资、史某负责购买、调试用于考试作弊的无线电通讯设备，并由史某报名参加2011年国家司法考试，在考试过程中将试卷拍摄保存后传出考场；徐某负责在互联网上联系“行内人”，雇请对方对获取的试卷试题进行作答，或直接向“行内人”购买考试答案；被告人陈某某出资印制并分发印有“司考保过培训班”等字样的广告并联系考生，以人民币60000元的价格向考生兜售考试答案，并负责在考试期间用对讲机向事先联系好、携带无线电通讯设备的考生发送徐某从互联网上“行内人”处获取的答案。被告人陈某某等人在保证协助通过2011年国家司法考试的情况下，与考生苏某、王某、陈某等人分别达成买卖司法考试答案的协议，收取

苏某预先支付的人民币20000元，剩余款项待通过考试后再支付，与王某、陈某约定待通过考试后付款。2011年9月17日上午，因史某未能从考场内拍摄试卷并传出，被告人陈某某和徐某只能将通过网络向“行内人”索取的免费试题通过无线电设备发送给上述考生，考试结束后，上述考生均责问被告人陈某某，反映未能听清被告人陈某某呼叫的内容或未能找到对应的考试题目，苏某将耳机、接收器等作弊器材归还被告人陈某某等人。当日下午，史某在泉州市第七中学25考场内，用私自带入考场的移动电话秘密拍摄“2011年国家司法考试试卷二”的内容并保存至移动电话的内存卡中，再将该内存卡装入事先带入考场的空矿泉水瓶从考室窗户扔出考场。事先在上述考场外等候的被告人陈某某拿到上述装有内存卡的矿泉水瓶后，即赶至泉州市中医院住院大楼楼顶，由徐某利用电脑通过互联网将考题发到其建立的QQ群，雇请“行内人”进行作答，而对方表示已经有当日下午的试卷答案，欲将答案销售给被告人陈某某等人，并发送了几小题的答案给被告人陈某某等人。当日下午被告人陈某某通过对讲机等无线设备向苏某、王某、陈某等人发送上述答案时，被负责考试时监测、跟踪无线电信号的泉州市无线电管理局工作人员当场查获，而徐某逃脱。现场查获作案工具笔记本电脑3台、对讲机4部、车载发射台1部、室外天线1根、功放器1台、数字编码器1台。

归案后，被告人陈某某如实供述其犯罪事实。在案件审理过程中，被告人陈某某的亲属代其退出违法所得人民币20000元。

【案件焦点】

司法考试试题属何种国家秘密；考试中的试题及答案的秘密期限问题如何界定；本案被告人陈某某伙同他人使用秘密拍摄等手段非法获取司法考试试题的行为应如何定罪。

【法院裁判要旨】

福建省泉州市鲤城区人民法院经审理认为：被告人陈某某伙同他人使用秘密拍摄等手段窃取国家司法考试试卷内容，非法获取国家秘密，其行为已构成非法获取国家秘密罪，公诉机关指控的犯罪成立。被告人陈某某归案后，能如实供述自己的犯罪事实，予以从轻处罚。其归案后，主动退出违法所得，有一定的悔罪表现，予以酌情从轻处罚。被告人陈某某无前科劣迹，归案后已被羁押六个多月，其所在的

村委会出具证明愿意对其进行帮教，故对其适用缓刑，进行社区矫正，亦可达到刑罚的惩戒效果，对被告人陈某某可适用缓刑。辩护人提出的被告人陈某某无前科劣迹、归案后认罪态度好，建议对被告人陈某某从轻处罚并适用缓刑等相关辩护意见，予以采纳。

福建省泉州市鲤城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百八十二条第一款、第二十五条第一款、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第六十四条的规定，判决如下：

一、被告人陈某某犯非法获取国家秘密罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年。

二、被告人陈某某退出的违法所得人民币20000元，予以没收，上缴国库。

三、扣押在案的作案工具笔记本电脑3台、对讲机4部、车载发射台1部、室外天线1根、功放器1台、数字编码器1台，均予以没收。

一审判决后，被告人陈某某未提出上诉，现判决已生效。

【法官后语】

司法考试是国家选拔法律人才的一种考试，在就业形势如此严峻的情况下，在司法考试要求知识掌握量逐年递增5%的情况下，其难度可想而知。而全国平均合格率不到20%的低通过率，让一些人看到“商机”。本案被告人陈某某是我省因司法考试舞弊被追究刑事责任的第一人。司法考试试题属何种国家秘密？考试中的试题及答案的秘密期限问题如何界定？本案被告人陈某某伙同他人使用秘密拍摄等手段非法获取司法考试试题的行为应如何定罪？

非法获取国家秘密罪，是指以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的行为。非法获取国家秘密罪本罪主观方面表现为故意，行为人必须明知是国家秘密而非法获取。客观方面表现为以窃取、刺探、收买等行为获取国家秘密。无论获取国家秘密的目的是自己使用，还是营利转卖，均不影响该罪名的成立。所谓非法获取，是指依法不应知悉、取得某项国家秘密的人从知悉、取得某项国家秘密的人那里知悉、取得该项国家秘密或者可以知悉某项国家秘密的人未经办理手续取得该项国家秘密。只有以窃取、刺探、收买这三种法定方法之一“非法获取”国家秘密的，本罪才可成立。

本案中“国家司法考试试题”属于何种国家秘密。2010年4月29日修订通

过，自2010年10月1日起施行的《中华人民共和国保守国家秘密法》第二条规定："国家秘密是关系到国家的安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。"第十条规定："国家秘密的密级分为绝密、机密、秘密三级。"绝密级国家秘密是最重要的国家秘密，泄露会使国家安全和利益遭受特别严重的损害；机密级国家秘密重要的国家秘密，泄露会使国家安全和利益遭受严重的损害；秘密级国家秘密是一般的国家秘密，泄露会使国家安全和利益遭受损害。根据《国家司法考试保密工作规定》第四条规定：国家司法考试启用前的试题试卷（包括备用试题试卷）、标准答案（答题卡）及评分标准，为机密级国家秘密。本案中的考生史某在考试开考后，用私自带入考场的移动电话秘密拍摄"2011年国家司法考试试卷二"的内容，此时，该"试卷二"的内容是否还属于国家秘密？有人认为，考试中的试卷按规定属国家秘密，一旦开考则失去秘密属性。因此，这涉及到考试中的试题及答案的秘密期限问题。笔者认为，在试题启封之后考试结束之前，能够接触到试题的只有考生和监考人员，范围相对有限和封闭，对于社会上其他人还都处于保密状态。如果将试题的保密时间终止在"启用"，即开考，在开考之后就不再属于国家秘密，与客观现实不符。也正是因为如此，2005年4月6日，国家教育部在《关于对<教育工作中国家秘密及其密级具体范围的规定>中"启用之前"一词解释的通知》（教密函［2005］1号）中明确界定，"启用"一词包括"启封"和启封后"使用完毕"两层涵义，即对试题的保密时间终止到考试结束。因此，在考试结束之前，试题和答案均属于国家秘密。故本案被告人陈某某伙同他人使用秘密拍摄等手段非法获取司法考试试题的行为属于"非法获取"国家秘密的行为，本院以非法获取国家秘密罪对其定罪量刑是正确的。

编写人：福建省泉州市鲤城区人民法院　蔡海燕　吴志婷

五、危害公共安全罪

25

指使肇事者逃逸危害公共安全构成以危险方法危害公共安全罪共犯

——李某、朱某以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省淮安市涟水县人民法院（2011）涟刑少初字第15号刑事判决书

2. 案由：以危险方法危害公共安全罪

【基本案情】

2011年1月15日，被告人李某醉酒（血液中乙醇含量为100mg/100ml）驾车，致一轻伤、二轻微伤。事故发生后，李某即刹车减速，在副驾位置的被告人朱某见状说："三哥，赶紧跑。"并指示道路叫其开车南逃。李某遂驶上乡道，行至拐弯处时，因车速过快冲出道路，撞向路边小店，致一死亡、一重伤。李某刹车打方向，直至车头撞树才停下。朱某遂扳下车后牌照，对站在车旁发呆的李某说："走。"二人遂逃离现场。李某当日晚投案自首，其在犯寻衅滋事罪的缓刑考验期。

被告人李某曾因犯寻衅滋事罪，被涟水县人民法院于2010年4月28日判处拘役六个月，缓刑一年。李某具有与准驾车型相符的驾驶资质，其所驾的临时向朋友借用的肇事车制动系统不合格。

【案件焦点】

本案关键在于如何甄别与醉驾行为有关的交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪，以及对指使肇事者逃逸而危害公共安全者构成以危险方法危害公共安全罪共犯的认定。

【法院裁判要旨】

江苏省涟水县人民法院经审理认为：江苏省涟水县人民法院经审理认为：被告人主观上对他人的生命财产安全持放任态度，构成以危险方法危害公共安全罪；被告人朱某明知李某饮酒后不能开车，却事后指使其继续开车逃逸，严重危及公共安全，对于第二损害结果的发生构成以危险方法危害公共安全罪的共犯。对李某撤销缓刑，将新罪与前罪并罚。李某系主犯，应当按照其所参与的全部犯罪处罚；朱某系从犯，依法应当从轻处罚。李某能自首，依法可以从轻处罚；朱某归案后认罪态度较好，酌情从轻处罚。判决：

一、撤销对李某的缓刑。

二、李某犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑十三年，剥夺政治权利三年，与前罪拘役六个月并罚，决定执行有期徒刑十三年，剥夺政治权利三年。

三、朱某犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利二年。

一审宣判后，被告人未上诉，公诉机关也未抗诉，本判决已发生法律效力。

【法官后语】

1. 醉驾连续肇事构成以危险方法危害公共安全罪的关键在于“放任”心态的认定

醉酒驾车肇事者对危害结果发生的心理状态是间接故意还是过失，具有一定的模糊性，难以从第一次碰撞事故的客观情况作出结论性的判断。因此，认定此类犯罪的罪过形式，应当坚持主观支配客观、客观反映主观的刑法原理，结合案件的具体情况综合判断。在证据不足时根据存疑有利于被告的理念作出有利于被告人的判断，即，将第一次碰撞姑且认为醉驾行为人是出于对驾驶技能的信心而轻信能避免事故发生的心态，即过于自信的过失。但是，行为人在已经发生一次碰撞事故后，仍选择在高度危险的状态下驾车逃逸，又发生连续碰撞的。至此，已发生的事故应

当能让行为人清醒地认识到醉驾具有高度的危险性，继续驾车还会造成何种后果，但其不顾及问题的严重性、漠视他人生命和财产安全而选择逃逸。此时的客观情况明显反映出其根本不存在轻信能够避免事故发生的能力，从而否定了第一次碰撞其轻信能够避免的设定。因此，行为人的疯狂逃逸、连续冲撞的整个行为就是在明知其行为极有可能再次发生事故的情况下，对不特定多数人的公共安全或财产安全不管不顾，属于放任危害结果发生的间接故意，造成重大危害结果的，依法构成以危险方法危害公共安全罪。

2. 被告人李某危害公共安全的间接故意的认定

被告人李某醉酒驾发生第一事故后，尚知道刹车减速，并能在他人指使下驾车加速逃逸；在发生第二事故后，也知道刹车减速，仍能在他人指使下弃车逃逸，说明其案发时具有辨认和控制能力，对其行为可能造成的危害结果明知。李某首次撞伤三人后，无视其先行为义务而置被撞人员安危于不顾，仍继续驾车企图离开现场，继而撞向路边小店，致一死亡一重伤，说明其心态非为轻信能够避免危害结果的发生，而主观上是对不特定多数人的生命、健康或重大财产的危害结果持放任态度，即具有危害公共安全的间接故意。其行为已构成以危险方法危害公共安全罪。

3. 被告人朱某构成以危险方法危害公共安全罪共犯的认定

首先，本案的特别之处是，在发生第一事故时，行为人李某已刹车减速，而在乘坐人朱某的指使下选择逃逸，这是否意味着，李某的第一次肇事行为与后续肇事行为独立存在，应以交通肇事罪的构成来判断，而不能与后续肇事行为作为一个整体以以危险方法危害公共安全罪来判断。笔者认为，李某的第一次肇事行为不能独立存在，因为朱某的指使并不具有“指示、命令、威胁”等性质，而更多地体现的是一种“提醒、劝说、促成”的教唆行为。而李某作为完全刑事责任能力人，其不仅有能力对事故所造成的危害结果作出理性的判断，而且有能力对他人这种教唆实施与否作出选择，即驾车逃逸与否的最终决定权在于控制车辆的驾驶人李某，而非乘坐人朱某；朱某的教唆行为虽然强化了其犯罪意图，但起到的是促进和次要而非决定的作用。因而行为人李某与其后续肇事行为的主观心态具有连续性和一致性，即非另起犯意。这也是本案区分主从犯的关键。

其次，由于第一次碰撞事故发生后，驾驶人应当认识到醉酒引发了该事故，理应停车，且负有抢救的义务，而其弃之不理，仍选择在醉酒这种高度危险的情况下

逃逸，其对后续行为产生的危害结果处于放任心态，进而否定了其连续碰撞行为过失心态的存在；虽然乘坐人朱某没有第一肇事行为，但其在现实情况已充分告诫醉酒开车极具危险性，应该意识到继续行驶极有可能再次威胁他人生命、财产安全，且在驾驶人李某发生第一事故后即刹车减速的情况下，非但不积极劝说李某施救以及自身从道义出发协助营救，反而指使李某继续驾车逃逸，其主观上反映出一种对危害结果发生的放任心态，客观上促使了李某放任后续行为的危害结果的发生。且在二人行为共同作用下，导致第二次碰撞而发生重大事故，是为共同犯罪。

编写人：江苏省淮安市中级人民法院　马作彪

26

醉酒驾驶超标电动自行车可以构成危险驾驶罪

——张某某危险驾驶案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

浙江省杭州市萧山区人民法院（2012）杭萧刑初字第603号刑事判决书

2. 案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2012年1月25日20时许，被告人张某某饮酒后驾驶无牌电动自行车沿萧山区市心路由南向北行驶至道源路路口右转弯过程中，与沿市心路由北向南行驶至道源路路口左转弯的熊某驾驶的浙A8028G号小型轿车发生碰撞，后熊某报警。民警在处理事故过程中发现被告人张某某有酒后驾驶嫌疑，遂对其进行呼气测试，但被告人张某某拒不配合。后经血液鉴定，被告人张某某血液中乙醇含量为154.4mg/100ml，属醉酒驾驶。经鉴定，被告人张某某驾驶的电动自行车实测车速为30千米/小时，空载重量为73千克，属于电驱动两轮轻便摩托车类型，即属于机动车范畴。经事故认定，被告人张某某负事故全部责任。案发后，被告人张某某如实供述

了自己醉酒驾驶电动自行车的行为。

【案件焦点】

1. 超标电动自行车能否被认定为机动车。2. 醉酒驾驶超标电动自行车的危险性是否足以构成危险驾驶罪。

【法院裁判要旨】

杭州市萧山区人民法院经审理认为：被告人张某某醉酒驾驶机动车在道路上行驶，其行为已构成危险驾驶罪。公诉机关指控罪名成立。被告人张某某案发后如实供述其犯罪事实，依法可从轻处罚。被告人张某某在庭审中当庭自愿认罪，有悔罪表现，可酌情从轻处罚。被告人张某某醉酒驾驶机动车发生交通事故且在事发后拒不配合民警进行酒精检测，应酌情从重处罚。综合上述量刑情节，决定对被告人张某某予以从轻处罚。据此，依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条之一第一款、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条之规定，判决如下：被告人张某某犯危险驾驶罪，判处拘役二个月十五日，并处罚金2500元。

【法官后语】

一般而言，醉酒驾驶超标电动自行车可以构成危险驾驶罪。当然，也要结合刑法总则的相关规定，并非一律构成犯罪。

1. 机动车与非机动车的界定有明确的法律依据，《道路交通安全法》第一百一十九条第（三）项规定，“机动车”是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。该条第（四）项规定，“非机动车”是指以人力或者畜力驱动上道路行驶的交通工具，以及虽有动力装置驱动但设计最高时速、空车质量、外形尺寸符合有关国家标准的残疾人机动轮椅车、电动自行车等交通工具。由上述规定可见，机动车与非机动车的分类在逻辑上是排斥关系，非此即彼。未超标电动自行车属于非机动车，运用反向解释方法可知，电动自行车如果超过有关国家标准，就应归于机动车范畴。本案中，被告人张某某驾驶的电动自行车在速度、质量方面严重超标，应当被认定为机动车。

2. 醉酒驾驶超标电动自行车上道路行驶的危险性达到了危险驾驶罪所要规制的社会危害程度。醉酒驾驶机动车上道路行驶，驾驶员的判断力、反应力和控制力

会因醉酒而下降，其行为对道路上其他不特定多数人的生命健康和财产安全具有较大的危险和隐患，侵害的是道路交通运输的正常秩序。根据日常生活经验可以判断，醉酒驾驶超标电动自行车的危险性能够达到设立危险驾驶罪所要规制的那种危险程度，因此，具有受到刑罚制裁的必要性。

3. 对此类行为定罪量刑时要体现刑法的谦抑性。有人担心，由于我国电动自行车普及程度高，且目前的生产、销售等环节都不规范，超标电动车实际上大量存在，如果对醉酒驾驶超标电动车的行为追究刑事责任，是否会造成打击面过大，不符合刑法应有的谦抑性品格。从实务操作来看，通过综合运用《刑法》总则和分则相应条款，结合案件具体情节，在定罪和量刑时因案制宜，具体情况具体判断，前述顾虑是完全可以打消的。具体的裁判思路是：首先，不应一律定罪处罚。对于某些情节显著轻微危害不大的行为，例如驾驶人血液酒精含量刚刚达到或稍稍超过醉驾标准，醉驾的电动自行车超标情况较轻微，行驶的道路较偏僻，或者醉驾发生在深夜人员车辆稀少的路段等情形，可以根据《刑法》第十三条但书部分的规定，不认为是犯罪。其次，对于构成犯罪的，量刑时也可以适当从宽。因为，超标电动自行车虽然超标，但相较于二轮摩托车、小汽车或大货车、大客车等其他机动车，危险性还是有差距的，在量刑时要有所体现，在其他情节大致相同的情况下，醉驾电动自行车的量刑应轻于醉驾其他机动车。本案中，被告人张某某血液中酒精含量超出醉驾标准近一倍，其驾驶的电动自行车超标情况也较严重，行驶的地点又是萧山区市区车辆、人员比较密集的区域，鉴于这些情形，应当以危险驾驶罪定罪。同时，在量刑上，虽然被告人张某某具有发生交通事故以及案发后拒不配合检查的酌情从重处罚情节，但由于被告人张某某驾驶的毕竟是电动自行车，其危险性要小于其他机动车，故比照同等情形下醉驾其他机动车的量刑幅度，又作了进一步从轻处罚。

编写人：浙江省杭州市萧山区人民法院　李文华　苏杰

27

被告人让他人冒名顶替为肇事驾驶员的行为是否属于交通肇事逃逸

——陈某某交通肇事案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市同安区人民法院（2012）同刑初字第693号刑事判决书

2. 案由：交通肇事罪

【基本案情】

2012年5月7日0时许，被告人陈某某驾驶闽DXC039号小轿车（套闽DW6666号牌），沿432线由东往西方向（下溪头村往东桥方向）行驶，至432线1KM+200米处（同安区大同街道城东青岛啤酒厂路段）时，与对向陈甲驾驶的闽DAL803号二轮摩托车发生碰撞，造成两车损坏、陈甲当场死亡、摩托车上乘客陈丙受伤的后果。事故发生后，被告人陈某某在现场让其母亲陈乙顶替冒认为驾驶员，并在民警现场调查后离开。2012年5月10日，被告人陈某某经母亲通知后主动到案，并如实供述了自己的犯罪事实。之后同安交警大队作出交通事故责任认定：被告人陈某某驾车未注意道路交通情况，发生事故后未报警叫人顶替；陈甲无证醉酒驾驶，跨越中心线超车，在事故中存在过错，认为被告人陈某某应负事故的主要责任，陈甲负事故的次要责任，陈丙不负事故责任。

【案件焦点】

被告人陈某某让其母亲冒名顶替为肇事驾驶员的行为是否属于交通肇事逃逸。

【法院裁判要旨】

厦门市同安区人民法院经审理认为，被告人陈某某违反交通运输管理法规，驾驶机动车发生交通事故，致一人死亡，负事故的主要责任，其行为已构成交通肇事罪，公诉机关指控的罪名成立。被告人陈某某具有如下量刑情节，本院予以考虑：1. 驾驶套牌机动车，可酌情从重处罚；2. 事故发生后让其母亲顶替，可酌情从重处罚；3. 经其母亲通知后主动到案，如实供述其犯罪事实，并且当庭自愿认罪，系自首，依法可以从轻或者减轻处罚；4. 赔偿被害人的经济损失，取得被害人的谅解。综合本案具体情节、危害后果，鉴于被告人陈某某系过失犯罪，归案后确有悔罪表现，宣告缓刑符合法律规定，本院决定对被告人陈某某从轻处罚并适用缓刑。辩护人所提相关辩护意见理由成立，本院予以采纳。

福建省厦门市同安区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第七十三条第二、三款之规定，判决如下：

被告人陈某某犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年六个月。

一审判决后，公诉机关没有抗诉，被告人陈某某没有提出上诉，判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案争议的焦点在于被告人陈某某让其母亲冒名顶替为肇事驾驶员的行为是否属于交通肇事逃逸。

第一种观点认为被告人陈某某驾车与其他机动车相碰撞，致一人死亡一人受伤后，为逃避法律追究，让他人冒名顶替，属于交通肇事逃逸，应在三年以上七年以下有期徒刑幅度内量刑；第二种观点认为，被告人陈某某的行为虽具有逃避法律追究的主观目的，但不构成刑法意义上应加重处罚的逃逸情节。

笔者同意第二种观点。依照最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第2条的规定："交通运输肇事后逃逸"，是指行为人具有本解释第2条第1款规定和第2款第（1）至（5）项规定的情形之一，在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。判断一行为是否属于"交通肇事后逃逸"，应从以下几方面加以分析：

1. 交通肇事后逃逸的主观方面：主观方面即行为人的主观动机，交通肇事后逃逸的动机一般是逃避抢救义务以及逃避责任追究。这种动机是积极的心理活动。逃逸评价的不是事故发生时行为人的主观方面，而是事故发生后行为人的主观方面。虽然交通肇事罪是过失犯罪，但仅就逃逸行为而言，具有直接的行为故意。本案中被告人陈某某明知自己的行为造成了交通事故的发生，为逃避对自己的法律追究，让其母亲冒名顶替交通事故驾驶人，其主观上让司法机关错误追究他人法律责任的故意，但并没有让司法机关无法追究的故意，这是行为人的主观方面。

2. 交通肇事后逃逸的客观方面：交通肇事后逃逸行为必须符合法律规定的情形。从刑法理论来看，认定行为人是否构成犯罪，最直接的便是对行为的客观方面予以认定。对交通肇事后逃逸的行为，是最高院的《解释》中规定了在五种情形的基础上而逃跑的行为。这就可以明确交通肇事后逃逸是作为交通肇事罪量刑的加重情节来规定的。也就是说如果行为人的先前行为没有违反交通运输管理法规，或者虽有交通违规行为但该违规行为与结果没有因果关系，或者行为人在交通事故中仅负同等责任或者次要责任，或者交通行为在所造成的结果尚未达到交通肇事罪基本犯的定罪标准的，或者在负事故全部责任或主责的情况下仅致1人重伤，但又不具备酒后驾驶、无执照驾车、无牌照驾车等《解释》规定的情形之一的，即便行为人事后有逃逸行为，也不能认定为交通肇事后逃逸。本案中，被告人陈某某系正常行驶，死者陈甲则具有醉酒驾驶、无证驾驶、跨越中心双实线逆向超车等严重违反法律规定的不安全驾驶行为，交警部门依照《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第九十二条之规定："发生交通事故后当事人逃逸的，逃逸的当事人承担全部责任。但是，有证据证明对方当事人也有过错的，可以减轻责任。"认定被告人负事故主要责任。笔者认为，本案交通事故中被害人陈甲的行为对发生交通事故起决定性作用，具有极其严重的过错。交警部门在做出事故责任认定时，已充分考虑被告人陈某某逃避自身法律追究的因素，不可因其逃逸认定负事故主要责任，再次以逃逸评价认定其具有加重处罚情节，否则将违反禁止重复评价原则，导致量刑上的严重不公平。

3. 交通肇事后逃逸行为的空间要素，即该行为是否仅限于"逃离事故现场"。公安部关于《交通肇事逃逸案件查缉工作规定》的第二条规定："本规定所称的交通肇事逃逸案件，是指发生道路交通事故后，当事人故意驾驶车辆或弃车逃离交通

事故现场的案件。”本案中被告人陈某某让他人顶替，但并没有离开现场，而是留在现场等交警做完笔录后才自行回家，他的让人冒名顶替行为并未破坏事故现场，从而导致事故发生的原因和双方当事人的过错无法查清。

4. 被告人陈某某的过失对引发事故过错较小，事故发生后的逃避对自身法律追究的行为性质较为恶劣，但该情节可在三年以下有期徒刑幅度内酌情考虑从重，而不应作为加重情节再次评价。

编写人：福建省厦门市同安区法院　金玲

28

烟花爆竹拆卸原料重组能否构成爆炸物

——周某非法储存爆炸物、非法持有枪支案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2012）集刑初字第354号刑事判决书

2. 案由：非法储存爆炸物罪、非法持有枪支罪

【基本案情】

2011年10月16日21时许，被告人周某驾驶“闽DLR910”号菱帅牌小轿车在厦门市集美区杏林村口，遇驾车路过该处的与其有宿怨的同村村民周甲后，即手持一把仿五四手枪的枪形打火机朝周甲做瞄准状。周甲发现后开车逃离，周某驾车在后追逐。在杏林派出所门口，被告人周某驾驶的小轿车被接到周甲报警的民警拦截，周某被抓获。民警从其车内查获该枪形打火机及三罐用红色胶带包扎的疑似爆炸物的奶粉罐、两个纸皮外包装的疑似爆炸物的圆柱状物品等物品。尔后，民警在周某位于厦门市集美区杏林村六组苑北路158号的住处内查获十个纸皮外包装的疑似爆炸物的圆柱状物品、五个疑似爆炸物的葫芦状物品、两个PVC外壳的疑似爆炸物圆柱状物品、两个PVC外壳的疑似爆炸物的T状物品以及一把黑色枪形物等

物品。经鉴定，从被告人周某车内及住处查获的该二十四个疑似爆炸物的物品均属烟火药爆炸危险物品；从被告人周某住处查获的该把黑色枪形物属以火药为动力发射弹丸的枪支。

【案件焦点】

被告人将烟花爆竹拆卸原料制成的疑似爆炸物，是否构成刑法所规定的爆炸物。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为：

法院生效裁判认为，被告人周某违反国家对关于爆炸物管理的法律法规，非法储存爆炸物，其行为已构成非法储存爆炸物罪；其违反枪支管理制度，非法持有枪支，其行为还构成非法持有枪支罪。公诉机关指控的罪名成立。被告人周某犯二罪，依法应当数罪并罚。被告人周某有劣迹，应酌情从重处罚。

厦门市集美区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百二十五条第一款、第一百二十八条第一款、第六十九条第一款之规定，判决如下：

被告人周某犯非法储存爆炸物罪，判处有期徒刑五年三个月；犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑六个月。数罪并罚，决定执行有期徒刑五年六个月。

【法官后语】

本案的争议焦点在于，被告人将烟花爆竹拆卸原料制成的疑似爆炸物，是否构成刑法所规定的爆炸物。

一种观点认为，涉案疑似爆炸物系采用烟花爆竹拆卸的原料作成，不属于《民用爆炸物品安全管理条例》规定中所称民用爆炸物品，故亦不属于刑法第一百二十五条非法储存爆炸物罪规定的爆炸物的范围。

另一种观点则认为，涉案疑似爆炸物虽然不属于《民用爆炸物品安全管理条例》规定中所称民用爆炸物品，但是应为刑法第一百二十五条非法储存爆炸物罪规定的爆炸物的范围。

笔者支持第二种观点，理由如下：

1.《民用爆炸物品安全管理条例》、《民用爆炸物品品名表》所指的爆炸物的

外延，与《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》所指爆炸物的外延不尽相同。《民用爆炸物品品名表》的爆炸物一般属于国家规范管理的功能特点相对明确的物品，而在实践中没有得到规范管理的但具有爆炸性能的危险物品则完全可能没有列入《民用爆炸物品品名表》，但非法制造、买卖、运输、储存这类物品仍然属于刑法调整的范围。

2. 涉案疑似爆炸物具有不同于烟花爆竹的危险性。烟花爆竹是指以烟火药为原料制成的工艺美术品，通过着火源作用燃烧（爆炸）并伴有声、光、色、烟雾等效果的娱乐产品，而从本案赃物原始照片及拆卸后的照片可以看出，涉案的疑似爆炸物不仅与一般日常使用的烟花爆竹形状迥异，而且部分疑似爆炸物中还放置为数不少的铁钉，并且被告人供述称曾经试放过这些疑似爆炸物故而储存为防身用，说明被告人对该些物品的社会危害性是明知的，且根据福建省公安厅的理化检验报告，经爆炸性应用试验并结合成份检测后认定涉案疑似爆炸物均具爆炸性能，属于爆炸危险物品。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　蓝水凤

六、破坏社会主义市场经济秩序罪

29

生产高仿酒应构成生产、销售伪劣产品罪

——姚某、李某、陈某生产、销售伪劣产品罪

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省宜昌市夷陵区人民法院（2012）鄂夷陵刑初字第00016号刑事判决书

2. 案由：生产、销售伪劣产品罪

【基本案情】

2011年7月至10月间，被告人姚某、李某在宜昌市西陵区石板村7组租赁私房一间，采取回收稻花香珍品壹号白酒包装并用低档白酒灌装的方法，以次充好，以假充真，生产并销售伪劣稻花香珍品壹号白酒260件，销售金额共计60700元。即：

1. 2011年7月，被告人姚某、李某先后多次以200元/件的价格将其生产的伪劣稻花香珍品壹号白酒销售给李雪芹共计70件14000元。

2. 2011年，被告人姚某、李某先后多次以200元/件的价格将其生产的伪劣稻花香珍品壹号白酒销售给候志英共计31件6200元。

3. 2011年7月至9月间，被告人姚某、李某先后五次以200元/件的价格将其生产的伪劣稻花香珍品壹号白酒销售给万正吉共计14件2800元。

4. 2011年9月，被告人姚某、李某先后五次以260元/件的价格将其生产的伪

劣稻花香珍品壹号白酒销售给周成义、胡仕英共计145件37700元。

2011年9月，被告人陈某明知周成义、胡仕英销售的稻花香珍品壹号白酒系伪劣产品而予以购买，尔后以400元/件的价格销售给李华共计145件，销售金额共计58000元。

另查明，案发后，被告人陈某退赃20300元。

【案件焦点】

制造、销售高仿真酒的行为是否构成生产、销售伪劣产品罪。

【法院裁判要旨】

夷陵区人民法院经审理认为：被告人姚某、李某以次充好，生产、销售伪劣白酒，销售金额计60700元，其行为均构成生产、销售伪劣产品罪；被告人陈某以出售为目的，购买并销售伪劣白酒，销售金额计58000元，其行为构成销售伪劣产品罪。三被告人均应当承担刑事责任。公诉机关指控的犯罪事实和罪名成立。三被告人在归案后认罪态度较好、被告人陈某部分退赃，可对三被告人酌情从轻处罚。本院为保证产品质量，维护社会经济秩序，依照《中华人民共和国刑法》第一百四十条、第二十五条第一款、第七十二条、第七十三条以及最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》第九条之规定，判决如下：

一、被告人姚某犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年，并处罚金人民币30350元。

二、被告人李某犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年，并处罚金人民币30350元。

三、被告人陈某犯销售伪劣产品罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金人民币29000元。

（三被告人的缓刑考验期限自本判决确定之日起计算。罚金限在本判决发生法律效力后立即缴纳）。

【法官后语】

生产、销售伪劣产品罪是指以非法牟利为目的，在从事工商业活动中，违反国

家产品质量管理法规，生产、销售伪劣商品，严重损害用户和消费者利益，危害社会主义市场经济秩序，应受到刑法处罚的犯罪行为。“伪劣产品”，直接决定着行为人是否构成犯罪，以及构成何种犯罪，它是研究生产、销售伪劣商品犯罪的基础。“伪劣产品”中的产品，是指具有相对固定内涵的具有法律意义的产品。伪劣产品有广义、狭义两种涵义，所谓广义的伪劣产品，是指生产、销售的商品，违反国家有关法律、法规的规定，其质量、性能达不到强制性标准的要求；或冒用、伪造厂名、厂址、质量认证标志；或失去了使用价值的物品。其特征是：一是伪劣产品包括了假冒产品；二是其法律责任既可能是刑事的，可能是民事、经济、行政的。狭义的伪劣产品是作为生产、销售伪劣产品的犯罪对象伪劣产品，即指生产、销售的产品违反国家法律、法规的规定，质量低劣不合格或者失去了使用价值。根据《产品质量法》第四十九、五十、五十二条的规定，狭义的伪劣产品主要包括：1. 不符合保障人体健康、人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品；2. 掺杂、掺假、以假充真、以次充好的产品；3. 不合格的产品；4. 失效、变质的产品。在本案中，被告人以假充真、以次充好，生产高仿酒，其生产的产品属于伪劣产品，符合本罪的构成要件应当构成生产、销售伪劣商品罪。

在认定本罪的时候要注意与诈骗罪区分。所谓诈骗罪是指以非法占有为目的，虚构事实或隐瞒真相，骗取公私财物，数额较大的行为。两罪有一定的相似之处，比如在客观上均有欺诈的性质，在主观上均有获得非法利益的目的，都属于故意犯罪，所以两罪在区分上有一定的难度。但是，这两罪还是有很大的不同：1. 犯罪主体不完全相同。诈骗罪只有自然人才可以构成；而生产、销售伪劣产品的主体除了自然人外，还包括法人单位。2. 二者侵犯的客体不同。诈骗罪的犯罪客体仅限于公私财物的财产所有权；生产、销售伪劣产品的犯罪客体是市场管理的正常活动以及消费者的合法权益。3. 二者犯罪对象不同。诈骗罪的犯罪对象是公私财物；生产、销售伪劣产品的犯罪是伪劣产品。4. 二者客观行为的表现方式不同。诈骗罪完全采取的是虚构事实、隐瞒真相的方法，使受害人产生错觉，信以为真，从而交出财物；而生产、销售伪劣产品是在经济活动中，违反工商管理等市场管理法规，在生产、销售等环节偷工减料，掺杂使假，以次充好，以假充真，以不合格产品冒充合格产品等带有欺诈性质的手段进行非法经营活动。

由于两罪均具有欺骗性，两罪的区分关键就在于欺骗性如何区分。二者的区分

一是看主观上有无真实交易的意图，诈骗罪的主体没有真实交易的意图，交易只是其欺骗的手段，而生产、销售伪劣产品有真实交易的意图，进行真实的交易活动，只是在产品质量上做了文章。二是看是否交付了标的物以及标的物是否具有价值。诈骗罪的主体并非真的履行合同，而是出于非法占有对方财物的目的，即使有标的物交付其交付的标的物也是没有什么价值的，而生产、销售伪劣产品的主体只是追求非法利润，具有真实的履行合同的意图，其交付的标的物虽然不是真实的、合格的，但也并非没有任何价值。

本案中，被告人的行为是为牟取非法经济利益，使出了以次充好，以假充真手段，主观上具有真实交易的目的，因此其行为构成生产、销售伪劣产品罪。

编写人：湖北省宜昌市夷陵区法院　冯杨勇

30

挪用资金办理银行卡是否属于进行营利活动

——王某挪用资金案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市长宁区人民法院（2011）长刑初字第631号刑事判决书

2. 案由：挪用资金罪

【基本案情】

上海航空国际旅游（集团）有限公司系有限责任公司（外商投资企业与内资合资），被告人王某系上海航空国际旅游（集团）有限公司入境旅游分公司欧洲中心总经理，全面负责欧洲部的日常管理工作。2005年至2009年期间，被告人王某利用职务便利，将业务单位的返还款截留为本部门小金库资金，并由其负责保管。2009年12月3日，被告人王某擅自将小金库中的人民币26万元存入其工商银行账户内，后又汇至其儿子王某银行账户内，王某用于办理有一定存款数额要求并具有

投资理财功能的招商银行“金葵花”钻石卡。2009年12月28日，王某将人民币26万元归还至被告人王某的工商银行账户内。2010年9月，被告人王某将小金库剩余资金人民币26万元交还给单位。2010年11月10日，被告人王某在单位纪委有关人员陪同下向检察机关投案，如实供述了上述犯罪事实。

公诉机关指控被告人王某犯挪用资金罪，提请法院依法惩处。

被告人王某对公诉机关指控的事实、证据和罪名均无异议。辩护人提出，本案办理银行卡的行为不是营利活动，被告人的行为不构成挪用资金罪。

【案件焦点】

被告人王某挪用单位资金办理个人招商银行金葵花钻石卡的行为能否认定为进行营利活动，涉及被告人的罪与非罪问题。

【法院裁判要旨】

上海市长宁区人民法院经审理认为：被告人王某作为非国有公司的工作人员，利用职务便利，挪用本单位资金进行营利活动，数额巨大，其行为已构成挪用资金罪。被告人王某在单位纪委有关人员陪同下主动向检察机关投案，如实供述了挪用本单位钱款的犯罪事实，依法应当认定为自首；结合被告人王某的犯罪情节以及在庭审中自愿认罪，可以对被告人王某免除处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百七十二条第一款、第六十七条第一款以及《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条之规定，以挪用资金罪判处被告人王某免除处罚。

一审判决后，被告人王某没有上诉。公诉机关也没有抗诉。案件已经发生法律效力。

【法官后语】

本案被告人的挪用资金行为是否认定为进行营利活动，存在两种不同意见。

第一种意见认为，被告人的行为不能认定为挪用资金“进行营利活动”。

第一，该卡具有多种功能，投资理财仅是功能之一，办理该卡仅为投资理财营利提供了可能性，不能与挪用资金进行验资进行简单类比。办理该卡后可以进行营利活动，但是否进行营利活动不好确定，以后既可以用以投资、申请优惠贷款，也可以仅仅享受银行优质服务，故使用银行卡进行营利活动，是一种期待性利益。被

告人王某之子客观上没有使用该卡进行投资理财活动，不能以该卡具有相应功能而认定其行为系进行营利活动。

第二，对营利活动具体方式的解释应坚持同类解释规则。最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）规定，挪用公款存入银行、用于集资、购买股票、国债等，属于挪用公款进行营利活动。该解释确系不完全列举，但对“等”的解释应坚持同类解释规则。无论是集资、购买股票、国债，还是存入银行获取利息，均是通过该行为直接获利，而挪用资金用作办卡的资金证明，并不能产生经济利益，不能将该行为直接认定为挪用资金进行营利活动。

第三，《解释》规定的“挪用公款存入银行”，就其实质内容而言是为了获取存款利息的活动，对于并非为了获取利息而存入银行用作资金证明的，不能依此认定为“进行营利活动”。本案中被告人王某挪用资金主观上是为了办卡，存入银行客观上产生的利息并非被告人主观追求的目的，根据主客观相一致的原则，被告人将单位资金转入其子银行账户用于办卡资金证明的行为，不属于挪用资金存入银行的营利活动。

第二种意见认为，被告人挪用资金为其子办理金葵花卡的行为属于挪用资金“进行营利活动”。

第一，挪用资金存入银行客观上有所营利。办理招商银行金葵花卡的要求是“必须达到存款人民币500万元，至少资金停留一周”，被告人王某将公司资金转入其子账户虽不足一个月，但客观上也会产生利息。根据《解释》的规定，挪用公款存入银行、用于集资、购买股票、国债等，属于挪用公款进行营利活动。被告人只要将挪用的公款存入银行，不管是存定期还是活期，都属于营利活动。

第二，被告人将资金存入银行的目的虽不在于获取利息，但其主观上仍有营利的意图。办理招商银行金葵花卡，客户有期待性的经济利益，持有金葵花卡的客户如参与招商银行的投资理财活动，回报率比一般的理财产品高，如短期信贷、透支，利息和手续费更低。被告人王某明知其子办理该卡是为了投资理财更为便利、优惠，而将单位资金挪用给其子办理该卡，虽然该卡尚未被实际使用、获利，但是办卡的意图是为了获得投资理财的优惠和利益，可认定行为人主观上具有营利意图。

第三，司法实践中对《解释》所规定的“营利活动”的具体形式有所扩张，

本案可参照认定。《解释》只是对营利活动的不完全列举，没有穷尽营利活动的各种具体表现形式。司法实践中，对于挪用资金用于公司、企业验资，验资后即将资金归还给单位的，虽然验资行为并非直接营利行为，而只是营利性准备，但司法实践中已普遍认定该行为系进行营利活动。挪用资金作为办卡的资金证明，虽不能直接获得经济利益，但使用该卡可以获得投资理财的优惠利益，使用该卡投资理财获取利益的行为可视为营利活动，办理该卡的行为是营利活动的向前延伸，可以参照挪用资金验资认定为"进行营利活动"。

本案中，被告人王某明知其子办理该卡的目的是为了投资理财享受优惠，而将单位资金挪入其子银行账户，不仅客观上产生利息，实际使用中会产生经济利益，而且主观上也具有谋利意图，从主客观一致的角度，可将挪用资金用于办卡资金证明的行为认定为挪用资金进行营利活动。本案采纳了该种意见，鉴于被告人王某系自首以及犯罪情节，判决对被告人王某免除处罚。

编写人：上海市长宁区人民法院　陆发宝

31

信用社职工帮助不符合条件的人贷款是否构成贷款诈骗罪的共犯

——支某贷款诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省当阳市人民法院（2011）当刑初字第00124号刑事判决书

2. 案由：贷款诈骗罪

【基本案情】

2006年初，支登某邀约刘某找到时任当阳市信用合作联社双莲信用社信贷员

的被告人支某，以做生意缺流动资金为由，请其帮助办理贷款。被告人支某明知支登某不符合贷款条件，按规定不能办理的情况下，因与其系一起长大的朋友关系，答应为其帮忙。2006 年 1 月 16 日，被告人支登某、支某经过协商，以刘某的名义贷款 50000 元，由支登某使用。2006 年 1 月 23 日，支登某与刘某再次找到被告人支某，利用变造的身份证复印件，分别以李某、熊某、张某、刘志某的名义，在当阳市王店信用社冒名贷款两笔，共计 120000 元（由支登某、刘某各使用 60000 元）。2006 年 3 月 2 日、3 月 6 日，支登某与支某商量后，采取同样的办法，利用变造的虚假身份证复印件，分别以刘某、汪某、郭某、金某、袁某、龚某的名义，分三次在当阳市王店信用社冒名贷款 3 笔共计 300000 元。之后一直未归还，在催收过程中，支登某逃匿，致使 470000 元贷款无法收回，其中支登某占有使用 410000 元。

贷款发生后，被告人支某履行职责，多次要求支登某偿还贷款，追还无效后，支某于 2008 年 12 月间分别偿还了以李某名义所贷款 100000 元本息，以张某名义所贷款 20000 元本息，以袁某名义所贷款 100000 元本息，以刘某名义所贷款 50000 本息，于 2010 年 3 月间偿还了以郭某义所贷款 100000 元本息。

2011 年 1 月，支登某通过张某将原煤矿入股资金偿还本金 200000 元。

2011 年 3 月 15 日，被告人支某主动到当阳市公安局投案，并如实陈述了上述案件事实。

【案件焦点】

信用社职工支某明知支登某不符合贷款发放条件，使用了虚假证明文件，仍与其协商、帮助其贷款的行为，是否构成贷款诈骗罪的共犯。

【法院裁判要旨】

关于被告人支某，发放贷款时，被告人支某虽然明知支登某使用虚假证明文件，不符合贷款发放条件，但不能证明支某对支登某非法占有贷款的犯罪故意明知；发放贷款后，支某履行职责，积极向支登某追还贷款，在追还无效的情况下又主动替支登某偿还贷款并报警，要求司法机关介入，反映支某在发放贷款的过程中没有与支登某就非法占有贷款达成合意，其没有非法占有贷款的故意，不构成贷款诈骗罪。公诉机关指控罪名不成立。

公诉机关湖北省当阳市人民法院于2011年8月19日向当阳市人民法院提出撤回对被告人支某的起诉。当阳市人民法院经审查认为，公诉机关撤回对被告人支某的起诉符合有关法律规定。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第一百七十七条之规定，裁定如下：

准许当阳市人民检察院撤回对被告人支某的起诉。

【法官后语】

1. 本案主要涉及被告人支某是否构成贷款诈骗罪的共犯。我国《刑法》第二十五条规定，“共同犯罪是指二人以上共同犯罪”。共同犯罪不是若干行为人单独犯罪的简单相加，而是在共同犯意支配下为实施犯罪行为形成的一个有机整体。共同犯意是存在于各共同犯罪人之间的意思联络，相互能够认识到他们的共同犯罪行为会发生某种危害后果，并决意参加共同犯罪，希望或放任这种后果发生的心理状态。具体到本案，如果以共同犯罪对被告人支某定罪，就要求现有证据能够证实支某对支登某非法占有贷款的目的明知，并在此基础上对其诈骗行为加以协助，二人对诈骗贷款据为已有这一行为有意思联络。

贷款诈骗罪是指以非法占有为目的，采取虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。贷款诈骗罪侵犯的客体是国家对银行贷款的管理制度和国家对所贷款的所有权。信用社信贷员如果明知他人以非法占有为目的，虚构事实或隐瞒真相，并在其中共同谋划，帮助他人骗取信用社贷款的，数额达到定罪标准的，应当构成贷款诈骗罪，以共同犯罪处理。

首先，要确定支登某是否能构成贷款诈骗罪。《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有的目的：(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的；(2)非法获取资金后逃跑的；(3)肆意挥霍骗取资金的；(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；(5)抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；(6)隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。但是，在处理具体案件的时候，对于有证据证明行为人不具有非法占有目的的，不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗罪处罚。支登某客观上多次冒用他人名义申请贷款，且在贷款到期后一直未还款，综合考虑支登某贷款时的经济状况、贷款后还款前用大量资金赌博、吸毒的事

实等情节，可以认定其主观上具有非法占有的目的。支登某的行为构成贷款诈骗罪。

其次，要确定被告人支某的主观心态。只有在被告人支某明知支登某以占有贷款的目的而骗取贷款时，仍对支登某予以协助，被告人支某才构成贷款诈骗罪的共犯。发放贷款时，支某虽然明知支登某更改了贷款人的住址信息，但不能说明支某此时明知支登某有非法占有贷款而准备骗取贷款的故意；贷款发放后，支某仍然在履行正常的工作职责，积极向支登某追偿贷款，在多次追偿无效的情况下又主动替支登某偿还贷款，为信用社避免部分损失，并主动报警，要求司法机关介入，这些行为都能反映支某在发放贷款过程中，对支登某占有贷款的故意是不知情的，并没有与支登某就非法占有贷款达成犯罪的合意。既然没有非法占有贷款的故意，就不能构成贷款诈骗罪的共犯。

2. 本案还涉及到被告人支某是否构成违法发放贷款罪。被告人支某身为信用社信贷员，明知道支登某、刘某等不属于贷款发放对象，但指使支登某、刘某借名贷款，属于违法向关系人（《商业银行法》规定的关系人是指：1. 商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属；2. 前项所列人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织）以外的人发放贷款的行为。根据法律规定，向关系人以外的其他人发放贷款，须以造成重大损失为前提（《刑法修正案（六）》实施前），湖北省《审理金融犯罪案件适用法律的数额标准（讨论稿）》规定“造成70万元以上损失的属于重大损失”，结合信用社出具的还款情况看，本案显然未达到这个定罪标准，故对支某也不应以违法发放贷款罪追究刑事责任。

综上，被告人支某不构成犯罪，当阳市人民法院与公诉机关沟通后，准许当阳市人民检察院撤回了对被告人支某的起诉。

编写人：湖北省当阳市人民法院　祝兆平　李莎莎

32

以口口相传、以人传人形式向不特定对象吸收资金的行为应如何定性

——翁某集资诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2012）泉刑初字第22号刑事判决书

2. 案由：集资诈骗罪

【基本案情】

2008年3月至2011年2月间，被告人翁某以要做生意、帮助企业续贷垫付周转为借口，许诺月利息5%至21%的高回报率为诱饵，隐瞒真相先后向被害人黄甲等人借款，共计骗取款项人民币290649885元，除将人民币100000元投资于经营活动外，均用于“拆东墙补西墙”的还款、购买房子、汽车及支付个人消费等，并于2011年2月20日携款逃匿。至案发时，除其支付给本案部分被害人的本金和利息共计人民币221461000元外，尚有人民币59416765元无法偿还被害人。2011年2月23日，被告人翁某向公安机关投案。本案中的多名被害人、证人证实其借给翁某的款项中有部分是向他人所借，特别是被害人万某、林某证实他们向下线再收集资金是受被告人翁某指使，并且翁某也知道实际资金来源于其他下线。翁某所使用林新华的银行卡交易明细亦证实被害人万某、林某向下线收集的资金有部分是由其下线直接汇给被告人翁某，部分利息也是翁某直接汇给其下线。从翁某与林某QQ聊天情况进一步证实翁某让林某收集资金的事实。证人蔡某也证实翁某指使其向朋友借款或介绍翁某借款的事实。翁某在侦查、审查阶段供述其知道万某、林某的母亲、林甲、林乙等人借给他的钱部分是再向其他人借的，具体向谁借不清楚，也不

管他向谁借。以上证据证实被告人翁某以口口相传、以人传人形式进行了非法集资的行为。

【案件焦点】

翁某以口口相传、以人传人形式向不特定对象吸收资金的行为应如何定性。

【法院裁判要旨】

泉州市中级人民法院经审理认为，被告人翁某未经有权机关批准对外吸收数额巨大的款项，其行为违反了国家的金融管理法规；翁某采用以高额利息或高回报率为诱饵进行非法集资，向被害人承诺的月利息远远高于银行同期存贷款利率，已经超出了正常市场经济规律可以承受的范畴；翁某集资的对象没有特定的指向，虽然直接吸存的人大部分是其亲戚、朋友，但通过这些人向下线人员间接吸收资金，对下线人员是谁、人数多少等持放任的态度，表明翁某知道其所收集的资金来源对象具有广泛性和不特定性。翁某主观上明知其非法集资行为的辐射面可能难以预料，并没有设法加以阻止，而是一再收取，最终收集了数额特别巨大的资金，其行为实质上是一种口口相传、以人传人的公开宣传行为，具备了非法性、公开性、利诱性和社会性。同时，翁某在明知自己没有实际归还能力情况下，虚构借款用于经营活动或帮助企业续贷垫付周转赚取利差，可获得高回报的事实，从而使他人相信并自愿交付其巨额钱款，最终导致他人的巨额钱款无法返还，其主观上具有非法占有的故意。翁某的行为符合刑法第一百九十二条集资诈骗罪的四个要件，即非法性、公开性、利诱性和社会性，应以集资诈骗罪定罪处罚。翁某在犯罪后虽有投案行为，但未能如实交代大部分赃款去向，依法不能认定为自首。翁某的行为给被害人造成巨大的经济损失，予以酌情从重处罚。据此，依照《中华人民共和国刑法》第一百九十二条、第五十七条第一款、第六十四条和《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第一条第一款、第二条、第四条第一款、第二款、第五条第一款、第三款的规定，判决：

一、被告人翁某犯集资诈骗罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人财产全部。

二、扣押的车牌号为闽 C1876C 的飞度汽车 1 辆、电脑主机 1 台、手表 12 只、

手机2部予以拍卖，所得款项及被扣押的现金人民币10000元按比例返还各被害人，责令被告人翁某继续退赔各被害人的经济损失。

【法官后语】

集资诈骗罪客观上必须具备“非法集资”的要件。《解释》第一条第一款规定：“违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的‘非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款’：（一）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；（二）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；（三）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；（四）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。”，明确了非法集资需同时具备非法性、公开性、利诱性、社会性四个特征。

本案中，控辩双方争议的焦点在于翁某以“口口相传、以人传人”的方式向他人吸收资金是否符合“非法集资”的特征。第一种意见认为，翁某的集资对象为其亲朋好友，其虽通过万某、林某向他人收集款项，但从现有证据看，向他人收集款项的行为主要是万某、林某的个人行为，翁某并不清楚万某、林某向他人借款的具体情况，万某、林某的下线也不知道翁某的具体情况，无法认定万某、林某是以翁某的名义向社会公众吸收款项，翁某的行为并没有同时具备集资诈骗罪的四个要件。该意见主要是认为翁某“口口相传、以人传人”的行为欠缺“公开性”及“社会性”。第二种意见认为，本案中，翁某虽没有采用《解释》第一条所列举的具体途径来向社会公开宣传，直接吸存的人大部分是其亲戚、朋友，但本案多名被害人、证人、QQ聊天情况、翁某在侦查、审查阶段供述证实翁某知道万某等人借给她的钱部分是再向其他人所借，仍让这些人替其收集资金，对于下线人员是谁、人数多少等，均持放任的态度，集资对象已经突破了“亲友”的范畴。翁某的行为已经具备了集资诈骗罪的“公开性”及“社会性”。

本案的特点是翁某的行为不属于常见的非法集资行为类型。由于现实生活的复杂性，《解释》不可能将非法集资犯罪的所有具体行为方式穷尽。我们不能僵化、狭隘地理解《解释》的内容。在某一具体行为符合刑法条文规定的集资诈骗罪的犯

罪构成要件前提下，不能因为司法解释未将该具体行为列明而排除适用该法条。本案中，不能因为翁某“口口相传、以人传人”不属于《解释》明确列明的公开宣传行为而排除其“公开性”、“社会性”特征。对于明确列举的公开宣传方式之外的宣传行为是否具有“公开性”、“社会性”，应当从犯罪主体的主观目的、客观行为以及相应的行为后果来判断。主观上，翁某虽然对于万某、林某下线的具体情况不了解，但其明知其所收集的资金来源对象比亲友更具广泛性和不特定性。客观行为上，翁某不但没有设法阻止亲友向不特定的对象吸存，甚至动员亲友向不特定的对象继续吸存。行为结果上，翁某骗取了除其亲友以外的不特定对象的巨额资金。本案不论是从翁某行为的主观目的还是从其行为的表现方式及相应的危害后果，均印证了翁某“口口相传、以人传人”的行为具备了“公开性”、“社会性”特征。这也是我院判处翁某犯集资诈骗罪的依据。

编写人：福建省泉州市中级人民法院　柯志同　傅兴锴

33

合同诈骗与民事欺诈行为的辨析

——史某合同诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

新疆维吾尔自治区喀什市人民法院（2012）喀刑初字第183号刑事判决书

2. 案由：合同诈骗罪

【基本案情】

2009年10月，被告人史某与被害人常某电话联系称约有200吨花生米要销售，双方达成口头买卖花生米的协议，2009年10月29日至11月14日常某以银行汇款方式、分四次打入史某账户共计1150000元，用于预付所购花生米货款，至11月22日，史某未给常某发货。常某多次给史某打电话索要货款，史某电话关机，无

法联系。2009年11月24日，被害人常某前往被告人史某原籍地找被告人史某索要货款，但史某不在家，下落不明。被告人史某的妻子张某分两次代为退还给被害人常某200000元。之后，被害人常某不断通过电话联系被告人史某索要剩余货款，但均无法联系到史某。2010年4月8日，被害人常某再次到被告人史某家中并找到史某，史某谎称内蒙古一名姓包的人将应该发给常某的185吨花生米错发到山东，该批货物很快会发给被害人常某，史某还称准备以其房产办理抵押贷款用以归还被害人的货款，并以办房产抵押贷款需要资金为由诈骗被害人常某10000元，随后被告人史某以筹钱为借口外出躲避，下落不明。2010年5月27日，被告人史某称内蒙古姓包的人因故意伤害在山东临沂被刑事拘留，其准备花钱将姓包的人“赎”出来，随后以此为由诈骗被害人常某40000元。2010年9月16日，被害人常某第三次到被告人史某家中，史某对货物及货款一事避而不谈，随后去向不明。2011年6月28日因被告人史某涉嫌合同诈骗被喀什市公安局经侦大队立为网上逃犯后，经辽宁省锦州市公安局凌河分局石桥子派出所、锦州市公安局行动技术支队七大队协查发现被告人史某正藏匿于辽宁省锦州市，2011年8月5日在辽宁省锦州市古塔区将被告人史某抓获。

2011年8月5日，被告人史某被抓获归案，辩解称：其收取被害人常某的预付货款用于收购花生米，并将所收购的花生米通过一个名叫“齐某”的男子卖给辽宁锦州天锦食品有限公司。被告人史某供述的向齐保东出售花生米的时间、具体销售数量前后矛盾，经查实，2009年10月至2010年4月6日期间，辽宁锦州天锦食品有限公司与被告人史某并无花生米买卖关系。案发后，赃款未被追回。

【案件焦点】

被告人史某的行为究竟是构成合同诈骗罪还是一般的民事欺诈行为。

【法院裁判要旨】

喀什市人民法院经审理认为：被告人史某以非法占有为目的，在与被害人口头达成花生米买卖合同并实际收到被害人给付的货款后，在履行买卖合同的过程中，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，实际骗取被害人货款1000000元，且犯罪数额特别巨大，被告人史某的行为符合合同诈骗罪的犯罪构成要件，已构成合同诈骗罪，故对公诉机关指控被告人史某犯合同诈骗罪的犯罪事实及罪名，本院予以支持，对

公诉机关指控被告人史某犯诈骗罪的罪名，因与查明的事实不符，本院不予支持。对被告人史某及辩护人提出的被告人史某主观上没有骗取财物的非法占有的故意，应当认定被告人史某的行为构成合同违约，指控被告人史某犯合同诈骗罪和诈骗罪的事实不清，证据不足，罪名不能成立的辩解意见，与查明的事实不符，本院不予采纳。理由如下：被告人史某于2011年8月28日在侦查机关的供述、证人张某在2011年8月19日的证言、被害人常某的陈述与证人岳某、沙某、靖某的证言之间能够相互关联、相互印证证实被害人常某与被告人史某之间通过口头形式达成了由被告人史某出售给被害人常某价值1150000元花生米的买卖合同，被告人史某已经收到了被害人常某给付的1150000元花生米货款。被害人常某的陈述与证人的证言之间亦能够相互关联、相互印证证实2010年4月6日被害人常某再次到被害人史某家中，史某谎称内蒙古一姓包的人将本应该发给被害人常某的185吨花生米错发到山东，该批货物很快会发给常某，2010年4月8日和2010年5月27日被害人史某又先后谎称准备以其房产办理抵押贷款用以归还被害人常某的货款但需要资金为由和以内蒙古姓包的人因故意伤害在山东临沂被刑事拘留，准备花钱将姓包的人赎出来为由，骗取被害人常某50000元，上述事实且有无利害关系的证人刘某的证言予以印证，该诈骗金额50000元系被告人史某实施合同诈骗行为的继续，应计入合同诈骗的犯罪数额。

喀什市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十四条第（五）项、第五十六条、第五十四条、第五十五条、第五十二条、第五十三条、第六十四条及《最高人民法院关于对故意伤害、盗窃等严重破坏社会秩序的犯罪分子能否附加剥夺政治权利问题的批复》之规定，作出如下判决：

一、被告人史某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十三年，剥夺政治权利一年，并处罚金100000元。

二、继续追缴被告人史某犯罪所得赃款1000000元，返还给被害人常某。

【法官后语】

合同诈骗罪，是修订后刑法所规定的一个重要的经济犯罪罪名，也是目前司法实践中的常见罪。该罪因其犯罪手段的特殊性和复杂性，不仅侵害他人的财产所有权，而且直接或间接地危害了市场主体的生产、经营活动，扰乱了市场经济秩序。

现行刑法虽然为惩治合同诈骗犯罪提供了法律依据，但是在司法实践中，如何正确区分合同诈骗罪与合同纠纷中的民事欺诈行为，是很有探讨价值的问题，本案被告人史某的行为究竟构成合同诈骗罪还是合同纠纷中的民事欺诈行为是本案的关键问题。

《刑法》第二百二十四条规定，合同诈骗罪是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，采取虚构事实或者隐瞒真相等欺骗手段，骗取对方当事人数额较大的财物的行为。由此可知，合同诈骗罪的主要特征是：1. 主观方面为故意，且有非法占有他人财物的目的。这种故意可以产生于签订合同之时，也可以产生于履行合同过程中。2. 客观方面表现为行为人在签订或履合同过程中，虚构事实，隐瞒真相，骗取对方当事人财物数额较大的行为。3. 合同诈骗罪侵害的客体为复杂客体，既扰乱了市场经济秩序，又侵犯了他人的财产所有权。4. 犯罪主体既可以是自然人，也可以是单位。这里虚构事实是指行为人捏造根本不存在的事实，骗取对方当事人的信任；隐瞒真相是指行为人故意向对方当事人隐瞒客观存在的事实，以使对方当事人产生错误认识。

民事诈欺依诈欺行为是指一方当事人通过欺骗或隐瞒等手段，诱使对方当事人做出错误意思表示，侵害对方当事人的合法财产所有权、人身权利或其他权利，从而承担损害赔偿责任的行为。民事欺诈行为有以下构成特征 ：1. 行为人有侵害他人合法权益的故意（包括直故意和间接故意），过失或过错则不构成诈欺。2. 行为人不仅有虚假陈述或者隐瞒事实的行为，而且有骗取或侵害他人权益的作为或不作为。3. 不法行为造成实际侵害结果，即造成他人的实际损失。4. 诈欺行为与损害结果之间有法律上的因果关系，即被诈欺人陷于错误而使自己权益受损是由诈欺人的诈欺行为引起的，而不是由于自己疏忽大意所致。

合同诈骗罪与一般的民事欺诈行为主要存在以下区别：

1. 在合同诈骗罪中，行为人主观上具有利用签订合同达到非法占有他人财物的目的，这是区分合同诈骗罪与非罪的界限之一。合同诈骗罪的犯罪故意的内容必须是“非法占有他人财物”。如果行为人主观上不具有非法占有他人财物的目的，那么即使其签订、履行合同的行为客观上具有诈欺的内容，并造成对方当事人财产上较大损失，也不应以合同诈骗罪论，只能承担相应的民事法律责任。因此，如何区分民事欺诈与合同诈骗，关键在于把握行为人是否以非法占有为目的。

2. 民事诈欺的故意，既可以是直接故意，也可以是间接故意。而合同诈骗罪的主观故意形式只能是直接故意，不包括间接故意。合同诈骗罪这种目的型犯罪的行为人因其具有非法占有他人财物的目的，主观心理为直接故意，其欺骗行为相应地采取积极的作为方式进行，无论是虚构事实，还是隐瞒真相，都不可能表现为不作为方式，其主观故意也就不存在间接故意的形式 。

3. 合同诈骗罪的行为人目的在于无偿取得他人财物，根本不具有履行合同的诚意，所以其“虚构事实、隐瞒真相”的内容通常是：虚构合同主体、虚设担保、设置陷阱、携款逃匿、虚构合同标的、利用合同制裁条款骗取定金违约金、取得财物后大肆挥霍的、拆东墙补西墙等。随着经济交易形式的多样化、现代化，会不断出现新的合同诈骗的手段。在民事诈欺中，行为人“虚构事实”通常表现为夸大自己的履约能力，夸大合同标的数量、质量等；“隐瞒真相”则多表现为不告知合同标的物之内在瑕疵，不声明自己履行合同能力之缺陷等。可见，虽然在合同诈骗罪与民事诈欺中行为人所签订的合同都是欺诈性合同，但是合同诈骗罪的行为人具有无偿占有他人财物的故意，因而通常都不会有履行合同的行为，即使有部分履约行为，往往也是以此诱骗对方当事人，以图占有对方财物。而民事诈欺的行为人获取不法利益的同时，一般还会承担合同约定的义务，且其不法利益的取得，多是通过履行一定的合同义务而获得的。所以，考察行为人是否真实地履行了一定的合同义务，也可以作为区分合同诈骗罪与民事欺诈行为的限界之一。

4. 行为人签订合同后的态度。一般情况下，行为人签订合同后，都会为履行合同努力创造条件，按照实际履行的原则去履行合同；在发生合同纠纷时，也会想方设法采取补救措施或愿意承担违约责任，这本身也是履行合同的表现。因此，一方当事人收取当事人的财物后，对财物的使用、处置情况，以及不履行合同后对财物的偿还情况，也是区分合同诈骗与民事诈欺的界限之一。

综合以上分析，本案被告人史某的行为完全符合我国刑法规定的合同诈骗罪的构成要件：作为一般犯罪主体，行为人通过在收取对方当事人的货款（包括以此收购或加工的货物）后逃匿的方式，骗取对方当事人的财物（客观方面），从主观上有非法占有的故意（实际上已经非法占有，至于其占有或处置后的用途并不影响本罪），其侵犯的客体既包括诚实守信的市场经济秩序，也包括他人的财产所有权。

编写人：新疆维吾尔自治区喀什地区喀什市人民法院　刘婧

34

生效的民事判决书在刑事案件中的参考价值

——李某信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市同安区人民法院（2012）同刑初字第514号刑事判决书

2. 案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

2005年1月至2009年11月间，被告人李某以自己的身份证、工作证、房产证等材料，先后向中国工商银行股份有限公司厦门市分行、中国建设银行股份有限公司厦门市分行、中国银行股份有限公司厦门市分行、中国民生银行股份有限公司厦门分行、招商银行股份有限公司厦门分行、中国农业银行股份有限公司厦门市分行等六家银行申请办理了七张信用卡，后使用上述信用卡透支本金人民币（下同）135471.49元，经上述六家银行多次催收后超过三个月未能归还。具体事实分述如下：

1.2005年1月7日和2008年9月3日，被告人李某分别向中国工商银行厦门分行申领了一张牡丹贷记卡和一张牡丹公务卡，后使用上述两张信用卡恶意透支。经复核，被告人李某透支牡丹贷记卡的数额为3484.59元，透支牡丹公务卡的数额为61425.16元。

2.2008年7月31日，被告人李某向中国建设银行厦门分行申领了一张信用卡，后使用该卡恶意透支，经复核，被告人李某透支中国建设银行信用卡的数额为11327.03元。

3.2009年4月1日，被告人李某向中国银行厦门分行申领了一张信用卡，后使用该卡恶意透支。经复核，被告人李某透支中国银行信用卡的数额为5352.98元。

4. 2009 年 6 月 18 日，被告人李某向民生银行厦门分行申领了一张信用卡，后使用该卡恶意透支。经复核，被告人李某透支民生银行的数额为 38304.75 元。

5. 2009 年 10 月 15 日，被告人李某向招商银行厦门分行申领了一张信用卡，后使用该卡恶意透支。经复核，被告人李某透支招商银行的数额为 4459 元。

6. 2009 年 11 月 5 日，被告人李某向中国农业银行厦门市分行申领了一张信用卡，后使用该卡透支。经复核，被告人李某透支农业银行的数额为 11117.98 元。

2012 年 6 月 4 日，被告人李某主动向公安机关投案。归案后，被告人李某的亲属代其还清上述全部信用卡透支款本息，并取得民生银行厦门分行、中国建设银行厦门市分行、中国农业银行厦门市分行的谅解。

【案件焦点】

本案刑事判决之前，被告人李某申领使用工商银行厦门市分行两张信用卡透支的 64909.75 元的事实，已由确定生效的民事判决认定其民事责任，在此情况下，是否应追究被告人的刑事责任。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理认为：

经查，公安机关在侦查被告人李某涉嫌信用卡诈骗一案过程中，被告人李某供述其于 2005 年 1 月 7 日和 2008 年 9 月 3 日，分别向中国工商银行厦门分行申领了一张牡丹贷记卡和一张牡丹公务卡，后使用上述两张信用卡恶意透支 64909.75 元，经银行多次催讨未还的犯罪事实。后公安机关向中国工商银行厦门分行调取了被告人李某持上述两张信用卡恶意透支的相关证据。虽然中国工商银行厦门分行已就被告人李某所欠的上述透支款向人民法院主张权利且经法院判决，但是法院的民事判决解决的是双方的民事纠纷。被告人李某持上述两张信用卡恶意透支的行为，已经触犯刑法，应当以信用卡诈骗罪追究刑事责任。辩护人提出的相关辩护意见，缺乏法律依据，不予采纳。被告人李某以非法占有为目的，超过规定期限透支本金人民币 135471.49 元，且经发卡银行多次催收后超过三个月仍不归还，进行信用卡诈骗活动，数额巨大，其行为已构成信用卡诈骗罪，公诉机关指控的罪名成立。

福建省厦门市同安区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、

第一百九十六条第一款第（四）项、第二款、第六十七条第一款、第七十二条第一、三款、第七十三条第二、三款以及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条之规定，判决如下：

被告人李某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币五万元。

【法官后语】

1. 正本清源——刑民交叉案件概述

本文所称刑民交叉案件并不仅指刑事附带民事案件，而包含刑事附带民事案件的，民商事纠纷涉嫌刑事犯罪的案件或刑事案件中夹杂和牵连民商事纠纷的案件。[①] 此类案件中，因民事和刑事法律相互渗透交错、民事和刑事责任或相似重叠或冲突矛盾，在法律适用和责任追究上都相当错综复杂。

本案中被告人对信用卡恶意透支的行为既属于民事上的合同违约行为，又属于信用卡诈骗中的一种犯罪行为，由此产生一行为触犯两种法律的法条竞合。实际上，刑法中几乎所有的侵犯财产型的案件都可以“归为”民事侵权、合同违约、不当得利等民事责任，都可以通过民事诉讼加以归责。因此从刑事法律方面看，这种类型的刑民交叉的案件涉及罪与非罪的重要问题，也是刑民交叉案件的主要表现形式，因此笔者拟重点予以讨论。

2. “二次评价”——民刑责任关系梳理

（1）“刑进民退”与“民进刑退”的甄别

对于民刑交叉的案件，一直都有“刑进民退”和“民进刑退”两种争论。“刑进民退”发源于传统的公权力优先的司法理念，早在1985年12月最高人民法院下发的《关于审理经济纠纷案件发现违法犯罪必须严肃执法的通知》中，就明确规定了，人民法院在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须追究刑事责任的，不能只当作经济纠纷案件来处理，放纵犯罪分子。而“民进刑退”的呼声，现阶段强调宽严相济的刑事政策与刑法的谦抑性的理论背景中，也愈发壮大。笔者认为，这两种观

---

① 吕巍巍：“民刑交叉案件审理中面临的程序困惑及对策”，载《法制与经济》第203期。

点都有先入为主之嫌和一概而论之不足。

（2）理念的重塑

刑事诉讼和民事诉讼的性质完全不同，其证明标准、程序要求、当事人参与的程度也有较大的差别。而刑事责任和民事责任更是分属公法和私法两个截然不同的领域。这两种“差之千里”的法律之所以会出现竞合，是因为立法对于某些特定的法律事实所进行了的多种层次的评价：对于一般的平等主体之间的法律事实，通过民商事法律进行“一次评价”便可疏通、规范、恢复，而当其中的一些特定的行为，因其已具有较大的社会危害性或已造成了多个社会关系破坏，就有必要通过“二次评价”进一步规制行为、恢复社会关系，而进行“二次评价”的标准即刑法。刑法作为规范社会关系的最后一道防线，不仅意味着其调整的是其他部门法无法有效规范的领域，更意味着此道防线的不可被突破，行为一旦触及刑法规范，除因法定理由能够免予刑事处罚外，即使已存在确定的民事判决，也不意味着刑事诉讼程序无需启动，被告人的刑事责任不必追究。

（3）本案的选择

综上分析，本案中被告人已有的民事判决的部分行为，是否应继续被追究刑事责任，主要就是要看对被告人的“二次评价”是否必要。笔者认为答案是肯定的，理由如下：

一是，本案的因被告人的犯罪行为所侵害的社会关系并未完全得以恢复。本案中被告人的信用卡诈骗的行为不仅侵犯了被害人，即银行的合法的经济权益，同时还破坏了社会主义市场经济的正常秩序。因此即使通过民事诉讼能够使被害人的经济损失得到补偿，并不意味着因被告人的行为而破坏的市场经济秩序亦得以恢复，而社会关系的恢复即主要有对被告人进行人身自由等方面的刑事处罚来弥补和预防，因此民事责任的存在并不阻却刑事诉讼程序的启动。

二是，本案中先行的民事判决仅能够作为刑事裁判的参考，并无约束力。刑事诉讼采用的“排除合理怀疑”的证明标准，要远远高于民事诉讼“明显优势”的证明标准，著名的“辛普森案”中刑事和民事的截然相反的两个判决就是这一区别的最好说明。另外由于民事诉讼中的缺席审理的程序的存在，更导致了对于证据的审查和事实的认定无法达到刑事审判的标准。因此，本案并不受先行民事判决的约束，更不会因此而阻却被告人的刑事责任的承担。

三是，刑事附带民事诉讼并罚模式的借鉴。目前，一部分刑民交叉的案件是通过附带民事诉讼的方式予以审理的，在这一诉讼模式中，被告人亦同时因同一行为承担刑事责任和民事责任。与本案同类的刑民交叉的案件，虽不是通过附带民事的方式解决，但是从中可以借鉴的理念是，法律对当事人的利益和社会利益的保护是平等的，只不过是各自适用的实体法和程序法不同而已，不存在权利保护的优劣和先后，在发生规范竞合时，民事责任和刑事责任是可以同时并用的。因此，即使被告人的行为已有民事责任予以归责，只要有充分的证据证明认定的事实，依然可以追究被告人的刑事责任。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院　蔡穹　陈韵欣

35

盗窃罪与信用卡诈骗罪的定性分析

——吴某盗窃、信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省东营市东营区人民法院（2012）东刑初字第352号刑事判决书

2. 案由：盗窃罪、信用卡诈骗罪

【基本案情】

自2007年7月以来，被告人吴某利用与菅某关系密切的便利条件，多次盗窃菅某财物，具体如下：

1. 2011年7月底的一天，被告人吴某从菅某钱包中盗窃现金人民币1000元。

2. 2011年8月初的一天，被告人吴某从菅某钱包中盗窃现金人民币1100元。

3. 2011年8月份的一天，被告人吴某的男友孙某从菅某家中盗窃东营市商业银行卡一张，内有现金40300元，交给吴某，吴某分多次将钱取出。

4. 2011年9月底的一天，被告人吴某和菅某在安徽黄山旅游期间，利用帮菅某

保管包的便利，从包内拿出菅某的一张中国工商银行卡，并试出密码，盗窃现金人民币 2400 元。

5. 2011 年 10 月的一天，被告人吴某从菅某家中的五斗柜抽屉内盗窃现金 9800 元。

6. 2011 年 10 月的一天，被告人吴某从菅某家中的客房衣柜下抽屉内盗窃周大福黄金吊坠一个。

7. 2011 年 10 月的一天，被告人吴某从菅某家中的五斗柜抽屉内盗窃现金 10200 元。

公诉机关以被告人吴某犯盗窃罪，向东营区法院提起公诉。并提供了物证、证人证言、鉴定结论及被告人供述与辩解等证据。

被告人吴某对指控的罪名不持异议，但认为指控的第 5 起与第 7 起系重复指控。对其他指控无异议。

辩护人认为指控的第 3 起与第 4 起犯罪应构成信用卡诈骗罪。指控的第 5 起与第 7 起系重复指控。对其他指控无异议。

【案件焦点】

在本案中，对于指控的第 4 起事实的定性存在争议：一种观点认为构成盗窃罪；另一种观点认为构成信用卡诈骗罪。

【法院裁判要旨】

东营市东营区人民法院经审理认为：通过证人证言、被告人供述与辩解及书证能够证实，指控的第 4 起事实中，被告人吴某在合法保管菅某钱包期间未征得菅某同意，而以合法持卡人的名义使用所持他人信用卡的行为，该行为符合《中华人民共和国刑法》第一百九十六条第一款第（三）项所称“冒用他人信用卡”的情形，该起指控应以信用卡诈骗罪予以论处。因此公诉机关指控被告人吴某构成盗窃罪不当，辩护人对此提出的辩护观点成立，本院予以采纳。

东营市东营区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第一百九十六条第一款第（三）项、第六十九条、第六十七条第一款、第五十二条之规定，作出如下判决：

被告人吴某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币 10000 元；犯信用

卡诈骗罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币20000元，决定执行有期徒刑四年六个月，并处罚金人民币30000元。

【法官后语】

本案争议的焦点是：对于指控的第4起事实的定性问题。

一种观点认为构成盗窃罪。被告人吴某虽然合法持有菅某的钱包，但是其系从包中偷拿银行卡并取钱的行为，并且不排除被告人当时要帮菅某拿包时，就已经具有了盗窃银行卡的主观意图，该行为属于盗窃信用卡并使用，因此适用《刑法修正案（五）》，直接以盗窃罪论处。

另一种观点认为构成信用卡诈骗罪。由于受害人让被告人保管包，所以被告人合法持有受害人的银行卡，因此不存在盗窃信用卡的行为，只存在被告人以合法持卡人的名义使用他人信用卡的行为。因此认定该行为是冒用他人信用卡的行为，应以信用卡诈骗罪论处。

在该案的裁判中，采用的是第二种意见。下面围绕着法律规定着眼于立法原意，对信用卡诈骗罪和盗窃罪的定性进行分析。

1. 信用卡取得方式是案件定性关键

《刑法》第一百九十六条规定了构成信用卡诈骗罪的几种情形，其中第一款第三项规定，冒用他人信用卡，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪定罪处罚。而《刑法》第一百九十六条第三款，规定了信用卡犯罪的特殊罪名——盗窃罪。盗窃信用卡并使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。

从实质来看，使用盗窃来的信用卡的行为，无疑也是"冒用他人信用卡"，因此信用卡是否为"盗窃"所得，成为准确定罪的重要依据。只有盗窃了信用卡之后，使用窃取的信用卡取得了财物，才符合《刑法》第一百九十六条第三款的规定，才能以盗窃罪论处。

在本起事实中，证人菅某述称，在黄山旅游期间，吴某称黄山很乱，要帮她拿包，在一次吃饭期间，吴某称去买礼物，之后得知吴某持其包内的银行卡取了钱。被告人吴某也供称，因她正好拿着菅某的钱包，于是试出一张银行卡的密码并分两次取现2400元。首先，由于菅某明确地知道被告人持有其钱包，其钱包内有信用卡，因此被告人的行为不属于秘密窃取信用卡。其次，被告人的行为过错在于合法

保管菅某钱包期间未经菅某同意，而以合法持有人的名义使用所持他人信用卡，这属于冒用他人信用卡的行为。再次，没有任何证据证明被告人帮菅某拿包时就已经心生歹念，不能以此推测被告人具有盗窃的主观故意，因此不能定性为盗窃罪。结合银行明细等证据，有充分证据支持的唯一事实是，被告人以合法持有人菅某的名义使用其信用卡取现。故该行为符合《刑法》第一百九十六条第一款第（三）项“冒用他人信用卡”的情形，应以信用卡诈骗罪定罪处罚。

（2）从法律拟制原意分析案件性质

使用盗窃来的信用卡的行为，属于“冒用他人信用卡”，是《刑法》第一百九十六条明文规定的信用卡诈骗罪的表现形式之一，单独评价这种行为，的确应该按信用卡诈骗罪定罪处罚。但是，《刑法》第一百九十六条第三款明文规定“盗窃信用卡并使用”的，要按盗窃罪定罪处罚。这是法律上的拟制规定，即把本来符合信用卡诈骗罪构成要件的行为，规定为按盗窃罪定罪处罚。

该法律拟制的原意在于，随着信用卡持卡人数日益增加，盗窃信用卡并使用的现象也日渐增多。所谓盗窃信用卡并使用，是指行为人采取秘密窃取的方法获得他人的信用卡，并假冒该信用卡的合法持有人使用此信用卡。其中的“使用”是指以能够实现法定的信用卡功能、用途的方式来骗取财物的行为。关于这种行为的定性，最早的规定出现在最高人民法院于1986年11月3日对上海市高级人民法院就王平盗窃信用卡骗取财物如何定性问题的请示所作的答复。答复中指出：“被告人盗窃信用卡后又仿冒卡主签名进行购物、消费的行为，是将信用卡本身所含有的不确定价值转化为具体财物的过程，是盗窃行为的继续，因此不另定诈骗罪，应以盗窃一罪定性。”之后，全国人大常委会于1995年颁布了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的规定》，采纳了上述司法解释的意见。1997年修订后的刑法典完全吸收上述内容。由此，立法与司法解释对于此种行为的定性形成了统一。也即在立法上，盗窃信用卡并使用的行为，是行为人盗窃后为实现或保有盗窃所得利益而继续实施的事后行为，故应以盗窃罪一罪定罪处罚，而不应认定为信用卡诈骗罪。

被告人吴某是在合法持有被害人的信用卡的情况下，冒充该信用卡的合法持卡人使用该卡，不存在盗窃行为，因而“盗窃行为的继续”更无从谈起。因此不能依据该法律拟制定罪量刑。

综上，《刑法》第一百九十六条第三款规定的盗窃罪无疑包含“冒用他人信用卡”的情形，定罪的关键就在于审查信用卡是否为“盗窃”所得。而盗窃信用卡之后的“使用”行为，属于盗窃的继续，由于法律拟制的本意在于惩罚该整体行为，因此，没有盗窃，就没有盗窃的继续，就不适用法律的拟制，故被告人构成的是信用卡诈骗罪。

编写人：山东省东营市东营区人民法院　徐小璇　张婷

36

使用他人遗忘在取款机中的信用卡取款的行为定性

——林某信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省宁德市寿宁县人民法院［2012］寿刑初字第135号刑事判决书

2. 案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

2012年6月26日12时许，被告人林某在寿宁县鳌阳镇解放街中国建设银行寿宁县支行的ATM机取款时，发现该ATM机内遗留一张何某的银行卡未退出，即用该卡分四次取出人民币计8400元，后逃离现场。同年8月31日，被告人林某向寿宁县公安局投案，如实供述冒用他人信用卡取款的事实；并退出赃款人民币8400元，已由寿宁县公安局发还被害人何某。

【案件焦点】

寿宁县人民检察院指控，2012年6月26日12时许，被告人林某在寿宁县鳌阳镇解放街中国建设银行寿宁县支行的ATM机取款时，发现该ATM机内遗留一张何某的银行卡未退出，即用该卡分四次取出人民币计8400元，后逃离现场。同年8

月31日，被告人林某向寿宁县公安局投案，如实供述冒用他人信用卡取款的事实；并退出赃款人民币8400元，已由寿宁县公安局发还被害人何某。

对指控的上述事实，公诉机关提供了相应的证据。公诉机关认为，被告人林某的行为应以信用卡诈骗罪追究刑事责任。

被告人林某供述了起诉书指控的犯罪事实，对起诉指控无异议，请求从轻处理。

【法院裁判要旨】

寿宁县人民法院经审理认为：被告人林某以非法占有为目的，冒用被害人何某的建设银行信用卡，骗取人民币8400元，数额较大，其行为已构成信用卡诈骗罪，公诉指控罪名成立。鉴于被告人林某犯罪后主动向公安机关投案，如实供述自己的犯罪事实，具有自首情节，且已退还赃款，取得被害人谅解，依法应予从轻处罚；综合考虑被告人林某的一贯表现，以及宁德市蕉城区司法局的审前调查评估意见，被告人林某具备缓刑适用条件，依法予以适用缓刑。

寿宁县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十六条第一款第（三）项、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第一款、第三款及最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》第九条之规定，作出如下判决：

被告人林某犯信用卡诈骗罪，判处拘役二个月，缓刑四个月，并处罚金人民币20000元。

【法官后语】

本案的争议焦点是：被告人林某的行为是构成信用卡诈骗罪还是盗窃罪。

一种意见认为，被告人林某以非法占有为目的，从该卡中偷走8400元，构成盗窃罪。

另一种意见认为，被告人林某冒用他人的信用卡进行诈骗，骗取8400元，数额较大，构成信用卡诈骗罪。

笔者赞同第二种意见，本案被告人林某的行为构成信用卡诈骗罪。信用卡诈骗罪是指以非法占有为目的，利用信用卡，虚构事实、隐瞒真相，骗取公私财物，数额较大的行为。其客体为信用卡的管理秩序和公私财物的所有权；其客观要件表现为行为人用伪造、作废的信用卡，冒用他人的信用卡，或者恶意透支等方法，使与

其信用卡交易地位相对的当事人陷于认识错误或持续陷于认识错误，因而自动地向行为人或者指定的第三人交付数额较大的资金或财物的行为；盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密窃取数额较大的公私财物或者多次窃取的行为。其客体为受刑法保护的财产性的权利，其客观要件表现为以非法占有为目的，将公私财物秘密地转移到自己的控制之下，达到法定数额或其他定罪条件的行为。由此可见，盗窃罪与诈骗罪最关键的区别是，盗窃罪违背被害人的意志，而诈骗罪是被害人基于有瑕疵的认识自愿处分财产。对本案而言，被告人林某从取款机中取钱是冒用他人信用卡的行为，虽然被告人林某是从不具有人的灵性的ATM机上取款，但是ATM机能为客户服务，是建立在人为设置的程序基础上的，按照信用卡的有关规定，只有持卡人本人才能使用此信用卡，ATM机为客户服务亦需验证身份后进行，对于ATM机，客户的密码即等于客户的身份，客户输入密码进入程序其实就是验证身份的过程。因此，此时被告人林某冒用他人信用卡的行为实质上是冒用他人身份证的行为，而使用他人密码支取款项，与冒充他人身份占有财物无异，主观上具有冒用意思，将财物骗到手，在客观上积极实施了虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为，非法以持卡人的名义使用信用卡，在自动取款机上取款，使银行取款机的电子识别系统陷入错误认识从而“自愿”交付钱款，至此信用卡所承载的经济利益发生了转移，没有该欺骗行为，信用卡所代表的财产权利就不能成为现实，故本案应定为信用卡诈骗罪。

编写人：福建省宁德市寿宁县法院　李秀

37

增值税普通发票的性质

——金某出售伪造的增值税专用发票、非法出售发票案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2012）海刑初字第936号刑事判决书

2. 案由：出售伪造的增值税专用发票罪、非法出售发票罪

【基本案情】

2011年4月26日，民警在巡逻过程中发现李某、李甲（另案处理）形迹可疑，遂对其在本市海淀区一亩园142号的住处进行搜查。经查，李某等人住处系被告人金某暂住地，被告人金某在其暂住地贩卖发票从中牟利。民警从被告人金某暂住地内起获大量发票及票据打印机、印章等物。被告人金某被当场抓获。

经鉴定，起获的361份北京市国家税务局通用机打发票和1份北京市服务业、娱乐业、文化体育业专用发票为真发票；起获的33份公路、内河货物运输业统一发票和36份北京增值税普通发票为假发票。

北京市海淀区人民检察院指控被告人金某犯出售伪造的增值税专用发票罪、非法出售发票罪，向法院提起公诉。

【案件焦点】

增值税普通发票的性质是属于普通发票还是增值税专用发票。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：北京市海淀区人民检察院指控被告人金某犯有非法出售发票罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立。但增值税普通发票与增值税专用发票在功能、管理法规方面具有根本性的差别。首先，发票是指在购销商品、提供或者接受服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收付款凭证；而增值税专用发票是增值税一般纳税人（以下简称一般纳税人）销售货物或者提供应税劳务开具的发票，是购买方支付增值税额并可按照增值税有关规定据以抵扣增值税进项税额的凭证。增值税专用发票的基本联次由发票联、抵扣联、记账联构成；增值税普通发票的基本联次只由发票联、记账联构成。由此可见，在通常情况下，增值税普通发票仅具有反映销货方与购货方之间收付款关系的功能，但购货方不能以该发票作为抵扣进项税额的凭证，这也正是增值税普通发票与增值税专用发票以及其他可用于骗取出口退税、抵扣税款发票之间的本质区别。其次，增值税普通发票之所以带有“增值税”的字样，是由于国家税务总局为加强对一般纳税人开具普通发票的管理，全面监控一般纳税人销售额，因此将一般纳税人开具的普通

发票纳入增值税防伪税控系统开具和管理，可以更好地达到“以票控税”的效果。增值税普通发票启用的上述背景也说明了其是作为普通发票而存在，而区别于可抵扣相关税款的专用发票。第三，税务机关在日常管理中是根据《中华人民共和国发票管理办法》对增值税普通发票按照普通发票进行管理，对增值税专用发票则是根据《增值税专用发票使用规定》进行管理，《增值税专用发票使用规定》不适用于增值税普通发票。最后，根据在案证据，待售的伪造的增值税普通发票数量为36份，尚不够刑事立案追诉标准，对被告人金某的相关行为亦不能按照出售非法制造的发票罪定罪处罚。因此，公诉机关关于被告人金某犯有出售伪造的增值税专用发票罪的指控以及数罪并罚的意见均不能成立。被告人金某系犯罪未遂，故对其依法从轻处罚。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百零九条第四款、第二款，第二十三条，第六十七条第三款、第五十三条之规定，作出如下判决：

被告人金某犯非法出售发票罪，判处有期徒刑一年八个月，罚金人民币30000元。

一审宣判后，被告人金某未上诉，北京市海淀区人民检察院未抗诉，判决已生效。

【法官后语】

在增值税普通发票出现以前，增值税专用发票与普通发票的区分并不存在问题。但当增值税普通发票出现后，由于该发票名称中既有“增值税”的字样，又有“普通”的字样，那么对于该发票的性质如何认定，人们的认识便产生了分歧。

本案中，承办法官通过查找、梳理发票管理法规以及走访税务部门等方式，为认定增值税普通发票的性质提供了事实根据和法律依据。

首先，根据税务部门规定，凡具有一定规模和固定经营场所的纳税人，都要购置使用税控收款机。在2005年8月下发的《国家税务总局关于启用增值税普通发票有关问题的通知》以及2006年5月发布的《国家税务总局关于推行增值税防伪税控一机多票系统的公告》中，总局决定一般纳税人可以使用同套增值税防伪税控系统同时开具增值税专用发票、增值税普通发票和废旧物资发票等。开具增值税普

通发票是对一般纳税人提供非增值税应税劳务或销售非增值税应税货物经营活动的反映。而只有当一般纳税人提供了增值税应税劳务或销售了增值税应税货物后，才可开具增值税专用发票。因而，增值税普通发票与增值税专用发票在所反映的一般纳税人的经营活动内容上是截然不同的。

其次，增值税普通发票的格式、字体、栏次、内容与增值税专用发票完全一致，但增值税普通发票的基本联次为两联，第一联为记账联，销货方用作记账凭证；第二联为发票联，购货方用作记账凭证。而增值税专用发票的基本联次由发票联、抵扣联、记账联构成。从发票的基本联次构成上，可以看出增值税普通发票不具备抵扣税款的功能。

第三，根据税务部门的反馈意见，均能证实税务部门是根据《中华人民共和国发票管理办法》对增值税普通发票按照普通发票进行管理，对增值税专用发票则是根据《增值税专用发票使用规定》进行管理，《增值税专用发票使用规定》不适用于增值税普通发票。因此，从税务部门发票管理工作角度而言，增值税普通发票亦属于普通发票。

编写人：北京市海淀区人民法院　张鹏

38

故意毁坏公私财物数额的认定

——陈甲、陈乙、陈丙案故意毁坏财物案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省宁德市蕉城区人民法院（2012）蕉刑初字第144号刑事判决书

2. 案由：故意毁坏财物罪

【基本案情】

2010年11月初，被告人陈甲、陈乙、陈丙得知宁德市蕉城区七都镇奉水溪北

山、西林段土地将会被政府征用，即商定由三人共同出资平整该段河滩，用于养鸭和种植果树，以获得开荒和青苗赔偿。同月19日上午至20日中午，被告人陈甲、陈乙、陈丙雇用一部挖掘机到该段河滩上进行平整，挖掘了七都镇奉水溪防洪堤靠西林村一侧的防洪堤坝，并将挖下的土石填入河滩，平整出一片空地。经水利部门测算，被毁坏的防洪堤堤坝总长度约250米，侵占河道面积约1500平方米，造成河道周边的部分农田水土流失。经宁德市蕉城区价格认证中心鉴定，七都镇奉水溪防洪堤被损毁部分按照现今修建同类堤坝所用的材料及技术进行修复的费用为人民币241740元。

为查明按照原有材料及技术进行修复费用的多少，经法院发补充材料函致公诉机关，答复为宁德市蕉城区水利局关于七都镇奉水溪西林北山段防洪堤修复情况复函（宁区水利［402］号）证实：2012年10月9日，宁德市蕉城区水利局组织技术人员对被毁防洪堤修复情况进行勘查后认定：被毁防洪堤已经按照原状进行恢复；由于该防洪堤修建于上世纪中叶，无相关修建数据资料，无法对原主建材料卵石进行修复所需的工程进行认定，故无法出具工程估算表。故法院致函蕉城区水利局要求按照原有材料及技术进行修复出具修复工程估算表，以作为委托价格鉴定之依据，蕉城区水利局函复：由于该防洪堤修建于上世纪中叶，无相关修建数据资料，无法对原主建材料卵石进行修复所需的工程进行认定，故无法出具工程估算表。

【案件焦点】

在无法查明按照原有材料及技术进行修复费用的多少的情况下，该如何认定被告人故意毁坏公私财物的数额。

【法院裁判要旨】

蕉城区人民法院认为，被告人陈甲、陈乙、陈丙明知七都镇奉水溪河道是重要水利工程，为了获取青苗赔偿而将其毁坏，造成部分农田水土流失，情节严重，其行为均已构成故意毁坏财物罪。公诉机关指控罪名成立。被告人陈甲、陈乙、陈丙在犯罪后自动投案，并如实供述自己的罪行，是自首，可从轻处罚；三被告人在案发后对被毁防洪堤按照原状进行恢复，亦可酌情从轻处罚。综合本案具体情节，可认定被告人陈甲、陈乙、陈丙均有悔罪表现，实施社区矫正条件基本具备，故可对被告人陈甲、陈乙、陈丙适用缓刑。

蕉城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十五条、第二十五条第一款、第六十七条第一款、第七十二条第一款及《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行)》第九条的规定，判决：

一、被告人陈甲犯故意毁坏财物罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年。

二、被告人陈乙犯故意毁坏财物罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年。

三、被告人陈丙犯故意毁坏财物罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年。

【法官后语】

本案的焦点在于，被告人故意毁坏的防洪堤建于上世纪中叶，现已无法按原材料及技术进行修复，能否按新材料及技术修复的费用计算犯罪行为造成的财物损失。

我国刑法第二百七十五条规定：“故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑。”与其他侵犯财产罪一样，数额大小是决定故意毁坏财物行为是否构成犯罪以及量刑的决定性因素。对于何种情形构成本罪的“其他严重情节”，目前我国相关法律并无规定。根据福建省三家《关于办理诈骗等案件掌握数额标准等问题的座谈会纪要》（闽高法［2000］148号）规定，故意毁坏财物价值一万元以上不满五万元的属“数额较大”，五万元以上的属“数额巨大”。

那么毁坏财物的损失数额具体如何确定？在司法实践中，要根据毁坏财物的损坏状况、损失程度、能否修复和市场调查采集到的信息进行价格鉴定。一般遵行的原则是：一是完全毁坏的损失数额按被毁坏前的价值计算；二是部分毁坏的损失数额按恢复到毁坏前的修复费用计算。但应注意，如果恢复费用大于被毁物品在毁坏前的价值的，损失数额应为被毁物品在毁坏前的价值；如果被毁坏部分必须更换的，损失数额一般应为更换费用扣除被毁坏部分在损坏前应该扣除的折旧额。

本案中，被毁防洪堤由于修建于上世纪中叶，经过长时间使用，其价值有所减损。在无法查明按照原有材料及技术进行修复费用前提下，如按照现今修建同类堤坝所用的材料及技术进行修复的费用计算，则远超出被毁防洪堤的原有价值，对被告人显失公平。因此，本案未按照修复防洪堤费用确定损失数额，而是根据被告人

行为造成部分农田水土流失，情节严重，认定其行为构成故意毁坏财物罪。

编写人：福建省宁德市蕉城区人民法院　王鑫

39

非法证据排除规则的适用

——周某、葛某、臧某盗窃案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省菏泽市中级人民法院（2012）菏刑二初字第1号刑事判决书

2. 案由：盗窃罪

【基本案情】

经审理查明，2010年7月至2011年3月期间，被告人周某、臧某、葛某伙同他人，先后在成武、单县等地盗割通信电缆6次，其中，1次未遂，经鉴定，盗窃物品总价值人民币266123元，既遂数额人民币212123元。

2011年1月25日夜，王某的五菱鸿途面包车在曹县中兴路中段被盗后，被告人周某、臧某、葛某为盗割通信电缆而购买该车。经鉴定，该车价值人民币22000元。

【案件焦点】

是否存在以刑讯逼供等非法方法收集证据的情形。

【法院裁判要旨】

菏泽市中院经审理认为，被告人周某、臧某、葛某以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，数额特别巨大，其行为均已构成盗窃罪。被告人周某、臧某、葛某明知是犯罪所得赃物而予以收购，其行为均已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，依法应予惩处。但公诉机关指控的除本院认定之外的其他犯罪事实，证据不足，本院不予支

持。被告人周某、臧某、葛某部分盗窃属于犯罪未遂，未遂部分可以比照既遂部分从轻处罚。被告人周某、臧某、葛某均是一人犯数罪，应当数罪并罚。被告人周某对认定的盗窃犯罪，被告人臧某、葛某对认定的全部犯罪自愿认罪，具有悔罪表现，依法可酌情从轻处罚；被告人周某、臧某、葛某亲属分别代三被告人退赔部分赃款，依法可酌情从轻处罚。依照刑事相关法律规定，判决：

一、被告人周某犯盗窃罪，判处有期徒刑十三年，并处罚金人民币100000元；犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币10000元，决定执行有期徒刑十三年，并处罚金人民币110000元。

二、被告人葛某犯盗窃罪，判处有期徒刑十三年，并处罚金人民币100000元；犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币10000元，决定执行有期徒刑十三年，并处罚金人民币110000元。

三、被告人臧某犯盗窃罪，判处有期徒刑十二年六个月，并处罚金人民币90000元；犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑徒刑六个月，并处罚金人民币10000元，决定执行有期徒刑十二年六个月，并处罚金人民币100000元。

【法官后语】

本案是菏泽中院第一例适用新《刑事诉讼法》排除非法证据的案件，具有很强的新颖性和业务指导性。

众所周知，在司法实践中，由于侦查过程的相对随意性和对被告人权利保护的相对漠视，刑讯逼供等非法收集证据的例子可以说随处可见，这其中包含着如故意杀人等重大刑事案件。由于非法证据的存在，导致了大批冤假错案的发生，如河南的赵作海案等等。

长期以来，我国相关部门对于非法证据排除的规定均给予了高度重视，特别是自2010年以来，最高人民法院会同最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部制定了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，这一规定的颁布实施对非法证据排除的把握和审理具有里程碑式的意义。2012年我国《刑事诉讼法》进行了修改，该法第五十条规定，“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任

何人证实自己有罪。”第五十四条第一款规定，“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。”最高人民法院适时颁布了《关于适用刑事诉讼法的解释》，单列一节对非法证据排除问题进行规定，第一百零二条规定，“经审理，确认或者不能排除存在刑事诉讼法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当排除。”

本案审理过程中，被告人周某、臧某、葛某及其辩护人均提出除六起盗窃犯罪之外的其他盗窃犯罪供述，是在公安机关刑讯逼供的情况下作出的，应予排除。三被告人提供了刑讯逼供的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索，并提供了相关证人。经查，在看守所羁押期间，被告人周某、臧某、葛某的同监室人员张某等数人，分别证实被告人周某、臧某、葛某进入看守所时身上有明显外伤和浮肿，且进行了吃药治疗，并证实听被告人周某、臧某、葛某说他们身上的伤，是公安机关刑讯逼供所致。虽然，公诉机关向法庭出示了被告人周某、臧某、葛某“入所人员调查表”和“在押人员健康检查表”、侦查人员证明、成武县看守所狱医证言等证据，欲证实本案不存在刑讯逼供情况。但是，三被告人均称“入所人员调查表”和“在押人员健康检查表”上三被告人处的签名和捺印不是其所留，并提出申请对以上签名和捺印进行鉴定。公诉机关对三被告人的鉴定申请，仅出具了一份“入所人员调查表上被告人葛某签名为其本人所写”的笔迹鉴定书，被告人葛某又辩解，即使是其签名，也是侦查机关强迫所签。对被告人葛某申请的指纹鉴定以及对被告人周某、臧某的鉴定申请未出具鉴定文书，不能证明“入所人员调查表”和“在押人员健康检查表”上三被告人处的签名和捺印是三被告人所留。公诉机关提供的证据，不足以排除本案在侦查阶段存在以非法方法收集证据的可能性，本案存在以非法方法收集证据的嫌疑，被告人周某、臧某、葛某审判前的部分供述，不能作为本案的定案根据，应当予以排除。故此，公诉机关指控的除本院认定的六起盗窃犯罪之外的其他盗窃犯罪，证据不足，依法不予认定。

编写人：山东省菏泽市中级人民法院　郝银刚

40

将被告人书写的犯罪笔记作为定罪证据是否违反了“不得强迫自证其罪”原则

——袁某等诈骗、盗窃案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省襄阳铁路运输法院（2012）鄂襄铁刑初字第00051号刑事判决书

2. 案由：诈骗罪、盗窃罪

【基本案情】

2008年，被告人袁某与襄阳火车站签订协议，共用河下专用线及货场为货主提供有偿铁路货物运输服务，袁某所开展的主要业务是帮货主代理收、发货物。如果其代收的货物到达后发现有被盗、湿损情况，袁某可代表货主向铁路有关部门办理理赔事宜。2008年至2011年期间，袁某以非法占有为目的，利用其业务上的便利，拉拢腐蚀铁路工作人员，使他们在工作中不履行职责，而袁某则采用虚构事实、隐瞒真相的方法，26次向铁路有关部门多报、虚报货物被盗、湿损情况，骗取铁路货运事故赔偿款。诈骗数额共计人民币529687元。

袁某在侦查机关时对上述诈骗犯罪事实供述不讳，但在案件庭审中却当庭翻供，否认被指控的全部诈骗犯罪事实，并辩解其在公安机关所作的供述均不真实。

袁某在这26起诈骗犯罪过程中，将货主名称、货物实际损失数量、多报虚报的损失数量等细节，详细的记载在了一个笔记本内。这其中的19起案件中，笔记所载实际损失数量与货主的清点记录可以相印证，但还有9起案件中没有货主清点记录，实际损失数量只能以笔记本记载数量为准。

被告人袁某的辩护人认为，这9起诈骗犯罪仅有袁某的笔记可以证实，而没有

相关货主的证言和清点记录来印证。袁某的笔记是其本人所写，将此作为定罪的证据违反了新刑诉法确立的“不得强迫自证其罪”的原则，故不应被采信。而这9起诈骗犯罪也应被认定为证据不足犯罪事实不能成立。

【案件焦点】

将被告人书写的犯罪笔记作为定罪证据是否违反了“不得强迫自证其罪”的原则。

【法院裁判要旨】

襄阳铁路运输法院经审理认为：袁某笔记本上所记内容条理清晰、意思明确，而且为袁某本人亲笔所写，应是其本人的真实意思表示，其所记的内容反映出了其虚构事实、隐瞒真相的事实，并且可与其他证据相印证，说明笔记本的内容并非编造。在没有相关货主证言和入库清点记录的案件中，该笔记作为书证，亦可成为定罪的依据，并不违反“不得强迫自证其罪”的原则。

襄阳铁路运输法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二百六十四条、第二十五条第一款、第二十六条第一、四款、第二十七条、第六十九条、第六十四条及《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于铁路运输过程中盗窃罪数额认定标准问题的规定》第一项、第二项之规定，作出如下判决：

一、被告人袁某犯诈骗罪，判处有期徒刑十二年十一个月，并处罚金人民币150000万元；犯盗窃罪，判处有期徒刑一年零五个月，并处罚金人民币5000元。决定执行有期徒刑十三年零六个月，并处罚金人民币155000元。

二、被告人陈某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年零三个月，并处罚金人民币10000元。

三、被告人窦某某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年零三个月，并处罚金5000元。

四、退赔损失款人民币5000元发还被害单位。罚金一律上缴国库。

【法官后语】

“不得强迫自证其罪”是现代法治国家刑事司法的一项重要原则，也是现代法治国家为犯罪嫌疑人、被告人设立的一项基本权利。新刑诉法第五十条规定“不得强迫任何人证实自己有罪”，在我国首次确立了“不得强迫自证其罪”原则，也是

对新刑诉法总则部分"尊重和保障人权"的回应。

法官在审判实践中要注意到，该原则的含义包括被告人不能被强迫自己证明自己有罪，也不能被迫成为反对自己的证人。一方面，凡是非法获取的言词证据都应当予以排除，另一方面，犯罪嫌疑人、被告人拒绝陈述其有罪的情节，也不能被视为态度不好或者主观恶性深、人身危险性大，更不能以抗拒回答为由而受到惩罚。由此可见，该原则主要针对的是非法言词证据的排除，以及被告人不作有罪供述的权利。而本案中袁某的犯罪笔记形成于作案过程中，记载的文字内容可以证明犯罪的有关情况，是典型的书证，亦属于与言词证据相对的实物证据。该笔记不仅内容明确，且形式上也相对固定，稳定性较强，形成于案发前，是袁某本人自愿书写，没有受到任何人强迫。同时，由于庭审中袁某全部否定了其在侦查机关所作的供述，因此法院并没有将供述予以采信，保护了其不作有罪供述的权利。综上，将袁某的犯罪笔记作为其定罪的依据并不违反"不得强迫自证其罪"的原则。

值得注意的是，"不得强迫自证其罪"的原则作为2012年才确立的重要原则，就马上被辩护人用在了案件的辩护意见当中，说明了辩护人对新问题、新理论的接受速度之快。这也提醒广大基层法院的法官，只有不断加强法律业务学习，更新法律理论知识，才能保证案件审理的质量，树立法官良好的形象，适应社会主义法治社会新形势的需要。

编写人：湖北省襄阳铁路运输法院　张磊

七、侵犯公民人身权利、民主权利

41

交通肇事后移置逃逸的认定

——李某故意杀人案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市高级人民法院（2012）高刑终字第224号刑事裁定书

2. 案由：故意杀人罪

【基本案情】

被告人李某于2010年11月6日9时许，在北京市房山区良坨路安庄村委会前，驾驶车号为京PM7123的五菱牌小型客车将正在过马路的被害人燕某（男，殁年65岁）撞伤，后李某将燕某送往房山区良乡医院救治。当日14时许，李某将燕某带离医院，遗弃于北京市房山区良乡镇北潞园小区东门内。燕某被机动车撞击后，因外伤、疼痛，情绪激动等因素诱发急性心肌梗塞；因外伤后遭遗弃、身体受寒等诱发双肺严重感染。燕某由于冠状动脉粥样硬化性心脏病、急性心肌梗塞，双肺急性化脓性支气管炎致全身呼吸循环衰竭，于2010年11月11日经抢救无效死亡。李某作案后被查获归案。

【案件焦点】

被告人李某在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事故现场后遗弃，在

法律上应如何评价。

【法院裁判要旨】

北京市第一中级人民法院经审理认为，被告人李某在交通肇事后为逃避法律追究将被害人燕某带离事故现场后遗弃，致使燕某无法得到救助而死亡，其行为已构成故意杀人罪。被告人李某自动到案，到案后虽未如实供述犯罪事实，但在公安机关掌握其犯罪事实后能如实供述，对其予以从轻处罚，因本案被害人的死亡系多因一果，故对被告人李某酌情从轻处罚。据此，以故意杀人罪判处被告人李某有期徒刑十年，剥夺政治权利二年。

一审法院宣判后，李某以原判认定事实不清，定性不准，量刑过重为由，对刑事部分判决提出上诉。北京市高级人民法院依法裁定驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

在司法实践中，行为人交通肇事后逃避法律责任的定罪问题，一直是一个颇具争议的问题。

从《刑法》到《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第5条和第6条，立法意图明确，即对交通肇事后逃逸行为区分“消极模式”和“积极模式”，依行为人主观心态的不同，设置了轻重有别的刑罚。行为人在交通肇事后，即负有接受法律追究、现场救助义务以及经济赔偿责任的义务。如果行为人逃逸，则违反了自己的作为义务，就构成了不作为犯罪，其对因逃逸致人死亡仍属于过失心理状态，这种消极行为模式中，被害人的死亡是基于行为人先肇事后不救的整体行为而发生的危害后果；但行为人在交通肇事后为逃避法律责任，将被害人带离事故现场置于自己的控制下，此时无论是救助义务还是前后行为因果联系，均对行为人提出了更为严格的要求，其以积极行为的方式背弃救助义务，此时，行为人的主观心态已由肇事的过失心态演变为出于逃避责任的目的而放任被害人死亡的间接故意心态，有的甚至发展成为直接故意杀人的心态。

本案中，被告人李某肇事后将被害人送至医院、报警，并寻找被害人的家人，从表面上看，其确实履行了一定的救助义务，但其救助不彻底，从行为的本质上来看，仍是一种“积极逃逸”的情形。在医院明确告知被害人发生骨折需要住院的情

况下，被告人对于被害人的危急状态应有明确认知，但其仅依对意识已处于模糊状态的被害人的简单询问，就将被害人随意搁置，反映了其为逃避法律责任而不顾被害人安危的因素，现有证据证明，其肇事行为和其后遗弃行为的结合，造成了被害人的死亡，故对被告人应以故意杀人罪论处。

编写人：北京市高级人民法院　温小洁

42

强奸既遂与未遂的区分

——杨某、王某抢劫、绑架、强奸案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

云南省昆明市中级人民法院（2012）昆刑少终字第59号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪、绑架罪、强奸罪

【基本案情】

2011年12月13日19时40分左右，被告人杨某、王某在昆明市春雨路铁路边人行道绿化带内共同持刀威胁受害人杜某某，从其随身携带的挎包内抢的一张银行卡，并从受害人处获取密码后，由被告人杨某持卡到银行取现人民币1000元。赃款未追回。

（2）2011年12月27日22时左右，被告人杨某、王某在昆明市春雨路铁路边人行道绿化带内共同持刀抢劫受害人周某某。二被告人抢得周某某随身携带的现金205元及手机一部后，持刀控制周某某人身并向其家属索取赎金人民币30000元，期间，被告人王某帮助被告人杨某强行与受害人周某某发生性关系后，其也欲强行与周某某发生性关系，但未能得逞。次日凌晨4时左右，二被告人与受害人周某某家属交涉时公安机关实施抓捕，二被告人分头逃窜，4时30分许，在春雨路向碧鸡关方向路段，被告人王某因形迹可疑被盘问后即承认犯罪事实，并带领侦查人员在

本市新螺蛳湾规划中路中段抓获被告人杨某。在受害人周某某体内检出被告人杨某精液。

【案件焦点】

二上诉人的行为属于强奸既遂还是未遂；在轮奸的法定刑幅度内对二上诉人量刑是否符合罪相适应及罪行均衡原则。

【法院裁判要旨】

法院经审理认为：

首先，在实施抢劫、绑架犯罪中，二上诉人相互邀约，共同预谋，所处地位和作用相当，不宜区分主从犯。二上诉人在判决宣告前犯数罪，应当数罪并罚。杨某犯罪时未满 18 周岁，依法应当从轻或者减轻处罚。

其次，关于杨某所提其未与受害人发生性关系，不构成强奸罪，属于强奸未遂”的上诉理由，经查，杨某在控制受害人周某某的过程中，在王某的帮助下，违背妇女意志，强行与周某某发生性关系的事实，不仅有其在公安机关的多次供述，还有受害人周某某陈述，同案王某的供述，DNA 鉴定结论在卷证实，故其所提此项上诉理由与查明的事实和证据不符，本院不予采纳。

再者，关于王某所提“在杨某对受害人实施强奸时只起到帮助作用，未对受害人实施强奸行为，认定其构成轮奸罪的事实不清”的理由，经查，虽然上诉人王某未直接对受害人周某某实施强奸行为，但在上诉人杨某对周某某实施强奸的过程中，其起到帮助作用。

依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项、《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、第二百三十九条、第二百三十六条、第十七条第三款、第二十五条第一款、第四十七条、第五十二条、第五十三条、第六十七条第一款、第六十八条、第六十九条、第六十四条之规定，判决如下：

一、撤销昆明市西山区人民法院（2012）西法刑初字第 608 号刑事判决第一、二项。

二、维持昆明市西山区人民法院（2012）西法刑初字第 608 号刑事判决第三项。

三、上诉人（原审被告人）杨某犯抢劫罪，判处有期徒刑三年零六个月，并处

罚金人民币5000元；犯强奸罪，判处有期徒刑五年；犯绑架罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币5000元。数罪并罚，总和刑期有期徒刑十五年零六个月，决定执行有期徒刑十四年，并处罚金人民币10000元。

四、上诉人（原审被告人）王某犯抢劫罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币5000元；犯强奸罪，判处有期徒刑二年零六个月；犯绑架罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币5000元。数罪并罚，总和刑期有期徒刑十三年零六个月，决定执行有期徒刑十二年，并处罚金人民币10000元。

【法官后语】

轮奸犯罪属于一种特殊的共同犯罪，对于其中因意志以外的原因未得逞者，应该客观地认定为强奸未遂，而不能因为其他参与轮奸都强奸既遂；但在责任承担上，所有参与轮奸的被告人都应当按照部分行为全部责任的原则承担刑事责任，只是应该考虑到强奸未遂的情节，对于未得逞都通常需要减轻处罚，以确保罪刑相适应。

1. 轮奸的犯罪构成

轮奸是指两名男子在同一时间段内轮流或同时对同一女子实施奸淫的行为。从犯罪构成上说，主观上，参与轮奸者存在共同强奸的故意，这种故意可能是有预谋的，也可能是临时起意的，甚至可能在轮奸之前或者过程中并未存在明示的语言交流，但在心理上存在着相互的默契；客观上，表现为相互协作，轮流或者同时对同一名女子实施奸淫行为。

2. 未得逞者的行为是否构成轮奸

对于参与轮奸但未得逞者，其行为是否符合轮奸的性质，进而构成强奸罪的加重处罚情节，直接关系到对于未得逞者的刑事处罚，甚至关系到对得逞者的刑事处罚。

(1) 理论和实践中的三种观点

有的观点认为，对三人以轮奸的故意实施轮奸的行为，其中一个未得逞，则对于得逞者应认定为轮奸，对于未得逞者不能认定为轮奸。有的观点认为，只要两名以上男子具有轮奸的故意，即便其中一人因意志以外的原因未得逞，仍然应该认定为轮奸共犯。还有一种观点认为，成立轮奸罪行为人均需亲自实施奸淫既遂，如果一个人实施强奸既遂，另一行为人未既遂，则不能认定为轮奸。要认定是否构成轮

奸，必须以至少两个以上行为人的强奸行为均达到既遂状态为标准，只有一个人的强奸行为达到既遂，其他人的强奸行为均未得逞，则不能构成轮奸，而只能认定为普通强奸罪的共同犯罪。因为强奸罪的实行行为包括强制行为和奸淫行为，从刑法第二百三十六条第三款第（四）项“二人以上轮奸的”规定看，其重点在于强调轮流奸淫的情形，即强调两个以上行为人都要完成性器官的插入行为或者接触行为。

（2）笔者观点

轮奸属于强奸犯罪的加重情节，如果不区分得逞与未得逞的问题，只要客观上存在二人以上轮奸的行为，而不论行为的结果，即使有人未得逞，但只要强奸者持轮奸的犯罪故意就认定轮奸这一强奸犯罪加重情节是有失偏颇的。

第一，从刑法总则理解，强奸罪不排除各种犯罪未完成形态，其也应含有对轮奸的立法之本意；

第二，从刑法分则理解，尽管分则并未对轮奸的含义加以明确界定，但按照通常理解，轮奸即“两个以上的男子在同一犯罪活动中，以暴力、胁迫或者其他手段对同一妇女或幼女进行强奸或者奸淫的行为，其本质在于轮流奸淫的行为，显然要求二人以上强奸行为均已得逞，并且二人以上持轮奸的故意并实施轮奸的行为，所有参与者都得逞，构成轮奸；

第三，从法益侵害性角度看，一人未得逞，虽然严重侵害了强奸罪所保护的法益，但如果需要进行法定刑升格，则有悖刑法总则规定的罪责刑相一致原则。

3. 未得逞者是否应该认定为强奸未遂

对于轮奸犯罪中强奸得逞者认定为犯罪既遂是没有争议的，但对于其中因意志以外的原因未得逞者，其犯罪形态如何确定，理论上和实践中存在争论。

（1）理论和实践中的观点

一种观点认为，对于参与轮奸的共犯，只要其中有人强奸得逞，其余共犯无论是否得逞，一律应以强奸既遂论处。因为一人既遂即为全部既遂是判断共同犯罪案件中犯罪形态的重要标准。轮奸犯罪作为共同犯罪，同样不能例外。只要参与共同犯罪的数人中有任何一人完成了共同犯罪的目的，则对于其他人，无论属于实行犯还是帮助犯，无论其是否亲自完成犯罪，在犯罪形态上都一律评价为犯罪既遂。

另一种观点认为，对于轮奸犯罪而言，在判断未得逞者的犯罪完成状态时，既要考虑轮奸犯罪具有共同犯罪的一般特征，同时要考虑到强奸罪的特殊性，具有自

身的特点。

（2）笔者观点

本案中参与轮奸的各被告人都属于共同正犯，都实施了强奸行为，而不存在帮助犯或者胁从犯的情形；同时，轮奸犯罪不同于盗窃、危害公共安全等共同犯罪之处在于，每个轮奸者只有亲自完成插入或者接触行为，其本人为满足性犯罪的目的才能实现或达到，他人犯罪的感受无法代替本人的感受。所以，有必要实事求是地考虑到强奸犯罪行为人亲自实施完成犯罪的特殊性要求，对于因意志以外原因未得逞者应客观评价为犯罪未遂

编写人：云南省昆明市中级人民法院院　吕磊

43

强奸被害人后，趁其逃离占有其财物行为的性质认定

————张某某抢劫、强奸案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省聊城市中级人民法院（2012）聊刑二终字第52号刑事裁定书

2. 案由：抢劫罪、强奸罪

【基本案情】

2011年7月16日下午16时许，被告人张某某驾驶鲁PT8899号大众速腾牌小客车，在聊城市冠县闫营镇十字路口，以开车帮忙找人为由将被害人陈某乐带上车，行至聊城市东昌府区堂邑镇王铺河道管理所西边的一条偏僻土路上，采用暴力手段将陈某乐在车内强奸，后又用言语威胁、恐吓陈某乐，陈某乐因害怕跳车自救。被害人跳车后，被告人张某某驾车加速向南逃跑，并沿路将被害人陈某乐随身携带的皮箱、挎包及里面的化妆品、衣服、证书、证件等物品分别丢弃，将被害人陈某乐价值5500元的白色“苹果4”手机一部、价值2000元的粉红色“微星牌”

笔记本电脑一部、“巴布瑞”牌香水一瓶带回聊城市区“水城华府”小区，并藏匿于其所居住单元楼的楼梯间供水管道房内，被害人陈某乐箱包内的现金6000余元也被被告人张某某据为己有，用于吃喝等挥霍使用。

【案件焦点】

在被告人翻供的情况下，如何排除合理怀疑；如何认定强奸后，趁被害人逃离占有其财物行为的性质。

【法院裁判要旨】

聊城市东昌府区人民法院认为，被告人张某某违背妇女意志，以暴力、胁迫手段强行与妇女发生性关系，其行为已构成强奸罪；被告人张某某以非法占有为目的，当场使用暴力、恐吓等手段劫取他人财物，且数额巨大，其行为已构成抢劫罪。视案发后，被告人的家人已退赔经济损失、涉案物品已追回发还被害人及陈某乐与被告人一方自愿达成赔偿协议之情节，对被告人可酌情从轻处罚。据此，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条第（四）项、第二百三十六条第一款、第六十九条、第六十一条、第四十七条、第五十二条、第五十三条之规定，以被告人张某某犯抢劫罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币10000元；犯强奸罪，判处有期徒刑四年，决定执行有期徒刑十二年，并处罚金人民币10000元。

一审宣判后，被告人张某某以不构成抢劫罪、强奸罪为由，向山东省聊城市中级人民法院提出上诉，要求撤销原判，改判无罪。其主要上诉理由是：侦查阶段关于强奸的有罪供述系刑讯逼供所得，被害人是自愿与其发生性关系的，其不构成强奸罪；涉案物品是被害人遗留在其车内的，其没有抢劫的故意和行为，不构成抢劫罪。

聊城市中级人民法院经审理认为，上诉人张某某以非法占有为目的，使用暴力、威胁手段当场劫取他人财物，数额巨大，其行为已构成抢劫罪；违背妇女意志，以暴力手段强行与妇女发生性关系，其行为已构成强奸罪。上诉人张某某犯数罪，应当数罪并罚。上诉人张某某所提“不构成抢劫罪、强奸罪”的上诉理由不成立，不予采纳。原审判决认定事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条（一）项之规定，裁定驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的焦点有两个：一是在被告人翻供的情况下，如何排除合理怀疑；二是如何认定强奸后，趁被害人逃离占有其财物行为的性质。

（一）在被告人翻供的情况下，如何排除合理怀疑

刑事案件中被告人供述后又翻供的现象较为常见，为保护被告人权益，防止冤假错案的发生，对被告人的翻供理由不能轻易否认，应对其翻供的原因和内容进行审查，确保案件事实清楚，证据确实、充分，足以排除任何合理怀疑。

1. 关于是否存在刑讯逼供

张某某翻供的原因是侦查阶段关于强奸罪的有罪供述系刑讯逼供所得。张某某未能提供证据或线索证实侦查人员对其进行过刑讯逼供，本案审查起诉阶段时，张某某已被羁押于看守所，不存在刑讯逼供的可能，此时张某某又多次向检察人员供认侦查人员未对其进行过刑讯逼供，故应排除侦查人员对张某某进行过刑讯，张某某的翻供理由是不成立的。

2. 关于张某某的无罪辩解是否成立

张某某的无罪辩解理由是被害人系自愿与其发生性关系。对此应采用倒推、反问的方式进行分析。被害人跳车后，张某某为何驾车逃走；被害人为何要不顾生命危险跳车，且不穿衣服，又将自身的证书、证件、手机、现金等贵重物品留下；被害人为何要咬伤张某某的手指。假设张某某的辩解成立，以上种种疑问都不能得到合理解释，张某某的辩解明显不符合常理，不能成立。

3. 关于张某某的有罪供述是否真实

张某某在侦查阶段供述与被害人发生性关系之前，对被害人实施打头、掐脖子等暴力行为，被害人进行了反抗并将其右手食指咬伤，强奸后为防止被害人报警未让被害人穿衣服，后进行恐吓致被害人跳车，张某某供述的强奸作案经过与被害人陈述的内容一致，与现场勘验检查笔录、被告人食指伤情鉴定照片相吻合，又有接警人员的证言予以印证，足见张某某的有罪供述内容客观、真实，足以采信。

综上，通过反向的排除和正向的证实，在案证据能够形成完整的证据链条，足以排除合理怀疑，张某某强奸被害人的事实足以认定。

（二）如何认定强奸后，趁被害人逃离占有其财物行为的性质

1. 关于涉案财物是否遗忘物

我国著名刑法学家张明楷教授将遗忘物解释为：“非基于他人本意而脱离他人占有，偶然（即不是基于委托关系）由行为人占有或者占有人不明的财物。”根据该解释，遗忘物脱离所有人应是所有人主观过失造成，而非其故意留下，这一解释亦符合一般社会大众对遗忘物的理解和认识，即所有人因过失忘记带走。本案中，张某某不仅在强奸作案时对被害人实施了暴力，在强奸作案后更是对被害人实施了生命威胁，致被害人跳车逃生，可见被害人将其财物留在张某某车上，不是由于个人主观过失所致，是故意留下以确保其更大的权益（生命）得到最好的保护。

2. 关于张某某是否具有非法占有的目的

张某某强行与被害人发生性关系时实施了暴力，期间将被害人随身带的手机、挎包夺走，对此张某某曾辩解是为了防止被害人报警；被害人跳车后，张某某将被害人的手机、现金、电脑等物品据为已有，将行李箱中的证书、证件等物品丢弃，对此张某某辩解称不想占为已有，想还给被害人。笔者认为，无论张某某基于何种动机，其强奸时将被害人手机、挎包夺走的行为均是非法占有，另被害人手机中有其亲友的联系方式，张某某如确实想将财物还给被害人，应积极主动联系被害人的亲友，同时将被害人的财物善加保管，而不是将对被害人有重要意义的证书、证件当场随意丢弃，将现金花费，将手机、电脑等物品藏匿，张某某辩解不想占有被害人财物的理由与是不成立的，综合本案的事实足以认定张某某具有非法占有被害人财物的目的。

3. 关于张某某占得财物的方式

《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第八条规定：行为人实施伤害、强奸等犯罪行为，在被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，临时起意劫取他人财物的，应以此前所实施的具体犯罪与抢劫 罪实行数罪并罚；在被害人失去知觉或者没有发觉的情形下，以及实施故意杀人犯罪行为之后，临时起意拿走他人财物的，应以此前所实施的具体犯罪与盗窃罪实行数罪并罚。该《意见》作出的理论基础是行为人是否基于暴力、胁迫或者其他强制方法，强取公私财物，这是区分抢劫罪与盗窃罪的关键。本案中，被害人跳车后第一时间报警称被抢劫、强奸，足以认定被害人对自己的手机、挎包、皮箱等财物不是不想控制，而是基于张某某强奸过程中的暴力及之后的人身威胁，使被害人认为张某某的暴力威胁行为具有持续性，从而不敢反抗，不敢向张某某索回财

物，张某某亦是利用了强奸过程中的暴力及之后的暴力威胁，基于被害人的不敢反抗占有了涉案财物，张某某是基于暴力、胁迫的行为占有被害人财物的，应当以抢劫罪论处。

编写人：山东省聊城市中级人民法院　户凤英

44

实施强奸行为后拿走被害人财物的行为是否属于抢劫

——汪某强奸、抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁决书字号

云南省曲靖市中级人民法院（2012）曲中少刑终字第4号刑事附带民事裁定书

2. 案由：强奸罪、抢劫罪

【基本案情】

2011年7月7日凌晨，被告人汪某窜至马龙县王家庄镇小集镇上的中国移动昌盛指定专营店的店前，发现店门没有关紧且店里尚有灯光，欲到店里偷窃东西。后被告人利用言语欺骗的方式使得中国移动昌盛指定专营店的员工李某某将店门打开，被告人顺利进入店内。被告人见店内只有被害人李某某一人，遂产生了强奸的意图，后被告人汪某使用暴力手段在专营店里一卧室内对被害人实施了性侵犯。随后，被告人汪某出了卧室，将放于专营店里一办公桌抽屉内的7张100元的电话充值卡拿了藏匿在身上，被害人随即也出了卧室，发现电话充值卡不在抽屉里，即向被告人索要，被告人予以否认并让被害人搜身，被害人因害怕不敢搜身，后被告人让被害人打开店门让其离开，被害人在不得已的情况下打开店门，被告人遂离开作案现场。经马龙县公安局公（马）鉴（活）字（2011）56号法医学人体损伤鉴定书鉴定，被害人的损伤为轻微伤。

【案件焦点】

被告人以非法占有为目的，在使用暴力实施强奸行为以后，拿走被害人的财物，被告人实施强奸行为所使用的暴力行为是否及于拿走被害人财物。

【法院裁判要旨】

一审法院认为：被告人汪某违背妇女意志，使用暴力手段，强行与被害人李某某发生性行为，被告人的行为已构成强奸罪；被告人汪某以非法占有为目的，在实施完强奸行为以后，借助于其先行的强奸行为所造成的被害人不敢反抗的特殊条件，劫取价值人民币700元的电话充值卡，其行为侵犯了公民的财产所有权，已构成抢劫罪。公诉机关指控被告人犯强奸罪、抢劫罪的犯罪事实及罪名成立，予以支持。被告人汪某犯强奸罪及抢劫罪，依法应对其数罪并罚。被告人汪某犯罪时未满16周岁，依法应当从轻或者减轻处罚。庭审过程中，被告人汪某认罪态度较好，具有一定的悔罪表现，酌情对被告人从轻处罚。

对被告人的指定辩护人提出“被告人汪某不构成抢劫罪”的辩护意见，经查：被告人在实施犯罪前，主观上已具有非法占有他人财物的目的；被告人在进入到专营店之后，通过捏造事实与被害人进行交谈，并使用暴力手段对被害人实施性侵犯，说明其行为系有意识、有目的实施的，即其通过强奸行为使得被害人处于不敢反抗的状态，在此特殊的环境下，为其实施抢劫犯罪创造条件；现有证据表明，被告人出了卧室后，在专营店的抽屉里拿了7张100元的充值卡，被害人随即发现充值卡不见了，便向被告人索要，被告人予以否认并让被害人搜身，被害人因害怕不敢搜身，说明被告人正是借助于其先行的强奸行为所造成的被害人不敢反抗的条件，实施了抢劫行为，且其强奸行为与其后的非法取得财物的行为有着手段和目的的联系。故对该辩护意见，依法不予采纳。马龙县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条、第二百六十三条、第十七条、第六十九条、第三十六条、第五十二条、第五十三条之规定，判决如下：

被告人汪某犯强奸罪，判处有期徒刑二年零八个月；犯抢劫罪，判处有期徒刑二年零三个月，并处罚金人民币4000元。数罪并罚，决定执行有期徒刑三年零九个月，并处罚金人民币4000元。

一审宣判后，在法定期限内，被告人汪某不服判决内容，提起上诉。

二审法院查明的事实与一审法院一致。

二审法院认为：原审被告人汪某违背妇女意志，使用暴力手段强奸妇女，其行为已构成强奸罪；被告人汪某以非法占有为目的，在实施完强奸行为以后，借助于其先行的强奸行为所造成的被害人不敢反抗的特殊条件，劫取价值人民币700元的电话充值卡，其行为已构成抢劫罪。被告人汪某一人犯数罪，应数罪并罚。被告人汪某犯罪时已满14周岁未满16周岁，系未成年人犯罪；庭审中，认罪态度较好，具有一定的悔罪表现，依法可从轻处罚、减轻处罚。被告人汪某的上诉理由，原审法院已作为量刑情节予以考虑，并对被告人作了减轻处罚。因此，对被告人的上诉理由不予采纳。据此，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案争议的焦点是：对被告人汪某在实施完强奸行为后拿走被害人财物的行为应如何认定？对此，存在两种意见，一种意见认为构成抢劫罪，理由是被告人先前的暴力行为一直延伸到其后行行为，使被害人处于不敢反抗的处境，故构成抢劫。一种意见认为是盗窃行为但不构成犯罪，理由是被告人拿电话卡藏在身上这一动作，被害人并没有发现，当被告人将电话卡藏在身上那一瞬间，就已经构成了盗窃既遂；被告人当场窃取财物与使用暴力并没有同时进行，即不具有两个当场性；因被告人未达到盗窃罪的刑事责任年龄，且盗窃数额没有达到800元，故不构成犯罪。

结合本案的具体情况，笔者认为本案被告人汪某拿走被害人财物的行为构成抢劫罪。理由如下：

1. 抢劫罪是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，当场劫取他人财物的行为；而盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大或一定时间内多次秘密窃取公私财物的行为。抢劫罪和盗窃罪均属侵犯财产类犯罪，两罪的犯罪对象都是他人的财物，主观上都具有非法占有他人财物的目的，但两罪又有显著的区别，表现在：（1）盗窃罪侵犯的客体是公私财物所有权；（2）在客观方面，行为人必须具有秘密窃取公私财物的行为；（3）在主观方面，只能由直接故意构成。抢劫罪的构成要件为：（1）侵犯的客体是复杂客体，即不仅侵犯了公私财

产所有权，也同时侵犯了被害人的人身权利；（2）客观方面表现为当场使用暴力、胁迫或者其他方法迫使其当场交出财物的行为；（3）犯罪的主观方面必须具有非法占有公私财物的故意。从两罪的犯罪构成看，盗窃罪和抢劫罪在客观方面的区别是明显的：盗窃罪表现为秘密窃取，而抢劫罪则表现以暴力、胁迫或者其他方法强行劫取。

本案中，被告人汪某以非法占有为目的，在实施完强奸行为以后，借助于其先行的强奸行为所造成的被害人不敢反抗的特殊条件，劫取价值人民币700元的电话充值卡，符合抢劫罪的犯罪构成。

2. 被告人汪某的犯罪行为不适用相关司法解释的有关规定。《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第八条规定："行为人实施伤害、强奸等犯罪行为，在被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，临时起意劫取他人财物的，应以此前所实施的具体犯罪与抢劫罪实行数罪并罚；在被害人失去知觉或者没有发觉的情形下，以及实施故意杀人犯罪行为之后，临时起意拿走他人财物的，应以此前所实施的具体犯罪与盗窃罪实行数罪并罚。"从规定可以看出，"被害人是否失去知觉"与"临时起意"是该规定应把握的重点。本案被告人拿走被害人财物的行为不适用上述规定的最重要的原因系被告人主观上并非"临时起意"。首先，被告人汪某在实施犯罪前，主观上已具有非法占有他人财物的目的。其次，被告人在进入到专营店之后，通过捏造事实与被害人进行交谈，并使用暴力手段对被害人实施性侵犯，说明其行为系有意识、有目的实施的，即其通过强奸行为使得被害人处于不敢反抗的状态，在此特殊的环境下，为其实施抢劫犯罪创造条件。再次，被告人出了卧室后，在专营店的抽屉里拿了7张100元的充值卡，被害人随即发现充值卡不见了，便向被告人索要，被告人予以否认并让被害人搜身，被害人因害怕不敢搜身，说明被告人正是借助于其先行的强奸行为所造成的被害人不敢反抗的条件，实施了抢劫行为，且其强奸行为与其后的非法取得财物的行为有着手段和目的的联系。

综上所述，被告人汪某拿走被害人财物的行为不属于临时起意所致，且其强奸行为与其后的非法取得财物的行为有着手段和目的的联系。笔者认为，被告人汪某的犯罪行为符合抢劫罪中以其他方法实施抢劫他人财物的犯罪特征，应按抢劫罪定罪处罚。

编写人：云南省马龙县人民法院　李云桥

45

为防止被害人报警抢走被害人手机，经被害人追要仍拒不归还的，构成抢劫罪

——王某抢劫、强奸案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省东营市广饶县人民法院（2012）广刑初字第104号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪、强奸罪

【基本案情】

2012年5月5日21时许，被告人王某酒后骑摩托车沿广饶县南外环路自东向西行驶，当行驶到大王镇军屯村路与南外环交叉路口东侧时，被告人王某发现被害人黄某某独自骑电动车也自东向西行驶，被告人王某遂想对被害人黄某某实施强奸，便骑车追上被害人黄某某并将其逼停在路北边，被告人王某采用拖、拉的暴力手段，强行将其拖至公路北侧的绿化带内欲实施强奸。因被害人黄某某反抗加之被告人王某体力不支，被告人王某将被害人拖到绿化带后便放开了被害人，此时，被害人黄某某的手机响起，被告人王某听到后遂将其手机抢走。之后，被告人王某骑车继续前行，当走出二三十米后，被告人王某觉得没有对被害人黄某某实施强奸心有不甘，就又停车在路边等被害人黄某某，当被害人黄某某推车走过来后，被告人王某又将其推搡到路北的绿化带内，强行将被害人黄某某的衣服脱下，对其实施强奸，因被告人王某的生理原因而未得逞。被告人王某回家后将抢得的手机藏在家中，被害人黄某某曾通过发送手机短信向被告人王某索要过手机，但被告人王某并未归还。2012年5月6日，被害人黄某某向广饶县公安局大王派出所报案，同年5月9日，公安民警在被告人王某家中将其抓获，并搜出涉案的“天时达”牌手机一

部。经鉴定，涉案手机价值70元，公安机关已发还被害人黄某某。

被告人王某的辩护人李守东认为，被告人王某抢走被害人黄某某的手机是为了防止被害人黄某某通知他人，怕事情败露，并没有非法占有故意，公诉机关指控其犯抢劫罪不成立；其又认为，被告人王某在开始时将被害人拖到路边并未实施强奸行为，在走出二三十米又等被害人黄某某赶上来后，与被害人黄某某发生性关系（未遂）是被害人黄某某自愿的，被告人王某的行为也不构成强奸罪。

【案件焦点】

1. 被告人的行为是否构成强奸罪；2. 被告人在欲强奸被害人时，抢走被害人黄某某的手机是为了防止被害人黄某某通知他人，怕事情败露，经被害人追要仍拒不归还，其行为是否构成抢劫罪。

【法院裁判要旨】

广饶县人民法院经审理认为：被告人王某骑车将被害人逼停后，采用暴力方式将被害人强行拖拉到路边的绿化带内欲实施强奸，因被害人的反抗及被告人酒后体力不支，被告人在将被害人拖到绿化带内后，才将被害人放开，此时，被害人的手机响起，被告人强行抢走并藏在自己家中据为己有，当被害人发短信向其索要时，被告人仍不予归还。被告人王某在放开被害人后，抢走被害人的手机非法占有目的显而易见，应当以抢劫罪追究其刑事责任；被告人王某作案时已是21时许，路上行人稀少，被害人又是独自骑车回家，被告人突然将其强行拦下后，对被害人已形成了一种心理恐惧，被告人在抢得被害人手机后，离开现场继续前行，当其走二三十米后，觉得未对被害人实施强奸心有不甘，遂又在路边停下等被害人过来，又将其拉到路边的绿化带中欲实施奸淫。被害人黄某某处于情势所迫，假装答应被告人的非法要求，被告人遂违背被害人黄某某的意愿，强行脱掉其衣服对其实施强奸，但因其生理原因而未遂。

综上，被告人犯抢劫罪、强奸罪，数罪并罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、第二百三十六条第一款、第六十九条、第二十三条、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

被告人王某犯抢劫罪，判处有期徒刑三年零六个月，并处罚金三千元；犯强奸罪，判处有期徒刑一年零六个月；决定执行有期徒刑四年，并处罚金三千元。

【法官后语】

关于被告人的行为是否构成犯罪，要从犯罪的构成要件进行分析。本案中，被告人明确供述其中午下班后喝了不少酒，在骑车回家时很亢奋，在看到被害人独自走在路上便起了歹心，企图对被害人实施强奸，其主观目的非常明确。在其走出二三十米后，又在路边等被害人赶上来再次对被害人实施强奸。其在犯罪过程中实施了对被害人拉、拖、强行扒衣服等行为。虽终因其意志以外的原因而未得成，但被告人的行为仍符合强奸罪的构成要件，应当以强奸罪对其处罚；被告人在开始对被害人实施强奸时，听到被害人的手机响起，便强行抢走了，并且在后来，被害人通过发送手机短信的方式向其催要时，其将手机藏在自己家中，仍不予归还，这一过程，被告人既实施了强行抢劫的行为，又具有非法占有的故意。其也符合抢劫罪的犯罪构成要件，也应以抢劫罪追究其刑事责任。因此对被告人实行数罪并罚是符合刑事法律规定的。

编写人：山东省东营市广饶县人民法院　王中明

46

刑法禁止重复评价原则的适用

——侯某强奸、抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省淄博市博山区人民法院（2012）博刑初字第132号刑事判决书

2. 案由：强奸罪、抢劫罪

【基本案情】

2012年1月25日22时30分许，被告人侯某酒后到博山大辛庄附近，尾随下班回家的刘某某至博山金晶路大辛庄“三益坊涮锅”饭店附近，胁迫刘某某至金晶路文博苑小区11号楼附近南侧门卫室内，先强迫刘某某给其口交，刘某某欲给被告人侯某50元钱求其放过自己，被告人侯某没有同意，仍强行与刘某某发生性关

系。后被告人侯某又强行将刘某某随身携带的50元钱拿走。公诉机关为上述指控提供了书证、鉴定结论、证人证言、被害人陈述、被告人供述及辩解、现场勘查笔录等证据，提请本院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条、第二百六十三条之规定，依法予以惩处。被告人侯某对公诉机关的指控当庭提出异议，辩称其没有主动索要被害人的50元钱，其行为不构成抢劫罪。

【案件焦点】

被告人侯某的行为是否构成强奸罪和抢劫罪。

【法院裁判要旨】

博山区人民法院经审理认为，被告人侯某的犯罪事实与公诉机关指控的事实一致。本院对公诉机关指控被告人侯某犯强奸罪（未遂）、抢劫罪的事实予以确认。另查明，被抢50元已追回并退还被害人；被告人的亲属已代其赔偿被害人的经济损失，有收条在卷为证。

博山区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二百六十三条、第六十九条、第二十三条、第五十二条、第五十三条、第六十一条之规定，作出如下判决：

被告人侯某犯强奸罪（未遂），判处有期徒刑三年；犯抢劫罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币10000元；数罪并罚，决定执行有期徒刑五年，并处罚金人民币10000元。

【法官后语】

本案争议的焦点为被告人侯某的行为是否构成抢劫罪。是否构成抢劫罪，存在两种不同意见：

1. 一种意见认为侯某的行为已构成抢劫罪：侯某胁迫刘某某至一门卫室内，以暴力行为将刘某某强奸，其强奸的暴力行为已经对被害人造成了精神和心理上的胁迫，致使被害人不敢反抗，侯某强行拿走被害人随身携带的50元钱，符合《刑法》第二百六十三条的规定：“以暴力、胁迫或其他方法劫取公私财物的构成抢劫罪”。事实上已经构成了抢劫罪。

2. 另一种意见认为侯某的行为不构成抢劫罪：侯某以暴力行为将刘某某强奸，

犯罪行为已经完成，强行拿走刘某某50元现金的“当时”并没有使用暴力、胁迫或其他方式。根据刑法禁止重复评价原则，不能将侯某暴力胁迫的行为重复用于强奸罪和抢劫罪的犯罪构成中，因此，在不具备新的暴力威胁的情况下，侯某强行拿走被害人刘某某50元现金的行为，不构成抢劫罪。

笔者同意第一种意见，理由如下：

1. 禁止重复评价原则一般只适用于同一诉讼的量刑阶段。禁止重复评价原则即在同一诉讼阶段不得对已定罪之行为依同一要素反复进行量刑。在同一诉讼的量刑阶段，禁止把符合法定构成要件的事实作为量刑要素再予评价，而且也不得对同一量刑要素予以两次以上的刑法评价。如对于故意杀人罪来说，因为杀人的“方法”、“手段”不是故意杀人罪的构成要件，所以，以“残忍的手段”杀人不是定罪情节；但是因以“残忍的手段”的杀人较之以“一般”的手段杀人，具有更大的危害性和更深的主观恶性，所以它是从重处罚的量刑情节。而对于故意伤害罪来说，“以特别残忍手段”致人重伤的，则是该罪构成要件所要求的内容，因此它是定罪情节，决不可以将其重复评价为从重处罚的量刑情节。否则就会违反禁止重复评价原则。

2. 禁止重复评价原则并不是完全意义上的定罪原则。我国刑法理论通常采用犯罪构成个数说，犯罪构成是认定犯罪的依据，是区分一罪与数罪的标准，犯罪事实符合一个犯罪构成的，定一罪，符合数个犯罪构成的，定数罪。我国法律条文中没有对禁止重复评价原则的明确规定，未规定其是认定犯罪的依据。我国理论界、实务界对禁止重复评价原则的适用主体、客体、适用范围、适用情形等重要问题缺乏比较一致的认识，现在禁止重复评价原则被人为引入，试图将该原则作为区分一罪与数罪的标准。这种做法是非常错误的，因为该原则只在定罪已经解决之后才有适用的可能。就犯罪构成要件个体来说，并不完全排斥重复评价，如果完全禁止重复评价势必导致刑法的不公正及动摇犯罪构成制度的基础，相应地影响一罪与数罪的区分，以及引发其他一系列问题。

本案中，认为侯某的行为不够罪的意见，就是引入了刑法上的禁止重复评价原则，认为：在暴力胁迫行为已经作为侯某强奸罪的事实根据予以评价，在不具备新的暴力胁迫因素的条件下，将原先的暴力胁迫行为再次作为抢劫罪的客观方面的构成要素来予以评价，属于重复评价，应当予以禁止。因此认为，侯某在强奸之后又

强行拿走刘某某的财务的行为，在不具备新的暴力胁迫条件下，已作为强奸罪的构成要件并得到了相应的处罚，因此不能再据此作为认定抢劫罪的根据。

这显然是试图用禁止重复评价原则来解决定罪问题，将该原则作为区分一罪与数罪的标准，显然是错误的。

如果适用禁止重复评价原则，就会导致该案中刘某某的财产权利在遭受不法侵害后，却得不到法律救济，最终将会放任被告人的行为，在社会效果和法律效果上起到相反的作用，违背立法的初衷。

综上，被告人侯某以非法占有为目的，采取胁迫手段劫取他人财物，其行为已构成抢劫罪。

编写人：山东省淄博市博山区人民法院　孙菲菲

47

是扭送还是非法拘禁

——胡某某、陈某某非法拘禁案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省宁德市蕉城区人民法院（2011）蕉刑初字第383号刑事判决书

2. 案由：非法拘禁罪

【基本案情】

2011年5月19日晚，被害人魏甲与其朋友刘某、王某等五人在福州市洋下新村一小吃店喝酒，因要开车王某先回其老板林某某的闽AC×××宝马车上休息。被告人胡某某和“成仔”、“胖子”等人也在该小吃店喝酒。尔后，双方互认老乡。因顺路，“成仔”替王某开着闽AC×××宝马车与被害人魏甲一起到福州金星商务酒店。20日凌晨2时30分许，被害人魏甲一人到被告人胡某某等人入住的8015房间。

在8015房间，被告人胡某某翻看被害人魏甲的挎包，发现包内有两个钱包及一个名片包、多张银行卡、他人身份证一张、魏甲的释放证明书等，被告人胡某某及“成仔”、“胖子”（均另案处理）等人以怀疑被害人魏甲盗窃名车为由，强行将其拘禁在宾馆房间内。被告人陈某某接到被告人胡某某电话后也随即来到宾馆。在宾馆内被告人胡某某、“成仔”拳打脚踢被害人魏甲。尔后大家商议将被害人带往福安争取立功。为防止被害人逃跑，被告人胡某某、“成仔”将被害人皮带解下反绑在腰部、脱了鞋子穿上宾馆的拖鞋，被告人胡某某、陈某某等人押着被害人魏甲驱车前往福安。凌晨6时许，车辆行驶至蕉城区八都镇云淡服务区加油，被害人魏甲欲反抗逃跑，被被告人胡某某、陈某某、“成仔”等人抓住，被告人胡某某还对魏甲拳打脚踢，由于服务区工作人员报警而得到制止，当场抓获被告人胡某某、陈某某。经宁德市公安局法医鉴定，被害人魏甲的伤情属轻微伤。

经核查，被害人魏甲随身携带挎包内有二个钱包，一个是被害人的，内放有消费卡二张及银行卡七张；一个是魏甲的朋友罗孝光委托保管的，内有罗孝光银行卡及罗孝光的身份信息。

【案件焦点】

被告人胡某某、陈某某等人以怀疑被害人盗窃名车、要将其送至公安机关为由限制被害人的人身自由，其行为属于扭送还是构成非法拘禁罪。

【法院裁判要旨】

蕉城法院经审理认为，被告人胡某某、陈某某伙同他人非法剥夺被害人魏甲人身自由，并具有殴打情节，其行为均已构成非法拘禁罪，起诉指控罪名成立。被告人陈某某系累犯，应当从重处罚。归案后被告人胡某某、陈某某能如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。被告人陈某某系被召集参与本案、且未实施殴打行为，作用较对小于其他同案犯，可酌情从轻处罚。据此，依照《中华人民共和国刑法》第二百三十八条第一款、第二十五条第一款、第六十五条第一款、第六十七条第三款，《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》第九条之规定，判决如下：

一、被告人胡某某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑八个月。

二、被告人陈某某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑八个月。

【法官后语】

《刑事诉讼法》第六十三条规定："对于有下列情形的人，任何公民都可以立即扭送至公安机关、人民检察院或者人民法院处理：（一）正在实行犯罪或者在犯罪后及时被发觉的；（二）通缉在案的；（三）越狱逃跑的；（四）正在被追捕的。"

基于以上法律条文和立法目的，我们可以归纳出扭送的特征和成立条件：1. 扭送主体的普遍性。只要是发现罪犯的公民，无论其年龄、职务、国籍如何都可以合法扭送其归案。2. 扭送对象的特定性。3. 扭送的目的性。扭送需要以保护国家、集体、本人或他人的合法权益、制止犯罪等为目的。4. 扭送的紧迫性。公民扭送是私权力取代公权力制约他人人身权利的一种临时措施，为了防止其被滥用，必须限制严苛的适用条件。在非紧迫的情况下，发现犯罪的公民应当优先采取举报、报案等恰当方式揭发犯罪。5. 扭送的连续性。除去不依当事人意志为转移的客观原因和完成扭送所必需的合理原因之外，公民一旦着手扭送罪犯，就应及时连续地完成该行为。6. 扭送手段的合理性。公民扭送不同于司法机关的强制措施，因此客观上要求公民对犯罪嫌疑人的扭送过程应当是最短的，所采取的限制人身自由的措施必须是最低限度的。

本案中，被害人并非通缉在案、越狱逃跑或正在被追捕的人，被告人胡某某、陈某某也没有目睹被害人的任何犯罪行为，被告人仅依据被害人魏甲的挎包内有释放证明、两个钱包及多张银行卡、他人身份证等就推断其是盗窃罪犯理由并不合理充分。显然，被害人不符合扭送的对象条件。其次，被害人没有立即离开现场的意图，被告人即使认为其是盗窃罪犯，也可以向公安机关报案，而不必采取扭送的手段，即本案缺乏扭送的紧迫性。第三，在被害人挣脱被告人束缚而再次被抓住后，被害人已经被被告人约束了人身自由，被告人胡某某仍然对被害人拳打脚踢，其暴力行为超出了扭送行为的合理限度。第四，被告人在福州某宾馆即控制了被害人的人身自由，应就近将被害人"扭送"至当地公安、司法机关，被告人却欲长途驱车数小时至福安，其行为不符合刑诉法"就近扭送"的要求。

综上，被告人的行为不符合扭送的法定条件，其非法剥夺被害人人身自由并殴打被害人的行为构成非法拘禁罪。

编写人：福建省宁德市蕉城区人民法院　王鑫

八、侵犯财产罪

48

为阻止被害人报警而劫取手机的行为是否成立抢劫

——郑某抢劫、故意伤害案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省长阳土家族自治县人民法院（2012）鄂长阳刑初字第00018号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪、故意伤害罪

【基本案情】

2011年8月的一天，被告人郑某在本县榔坪镇金公主大酒店与在发廊打工的被害人秦某发生性交易后，认为秦某向其多要了50元钱，遂对秦某怀恨在心，欲伺机报复。同年10月7日16时许，郑某携带水果刀前往金公主洗头城，以找秦某购买性服务为由，将秦某骗至金公主大酒店二楼客房内，趁秦某不备用水果刀将秦某胸部、后颈部等多处刺伤。秦某起身与郑某争夺水果刀时，被郑某再次推倒床上，用水果刀刺戳其后颈部。秦某被刺后，掏出手机欲向金公主大酒店老板求助。郑某见状即夺走秦某的手机阻止其拨打电话。秦某见打电话不成，借口上厕所欲下楼求助，走到楼梯口时被郑某拦阻，被推拉至二楼走廊西头柴垛处后。秦某要求郑某归还手机，郑某归还给了秦某。郑某准备逃离现场时，发现秦某又在拨打电话。便返回再次将秦某的手机抢走并逃离了现场。经鉴定，被害人秦某的损伤程度为轻伤，

被劫手机价值为212元。

同年10月10日，公安机关将藏匿在亲戚家准备外出打工的郑某抓获，并在其身上查获了被抢的手机。

公诉机关认为被告人的行为分别构成了故意伤害罪、抢劫罪，依法应予数罪并罚。被告人郑某对公诉机关指控其犯故意伤害罪的罪名无异议，但不认可其抢劫罪名。辩护人对故意伤害罪的罪名没有异议，但认为指控的抢劫罪不能成立。因被告人是在伤害行为结束后，为阻止被害人报警以掩盖其伤害犯罪而夺走手机，并不具有占有该手机之目的。

【案件焦点】

被告人郑某为阻止被害人报警而劫取被害人手机的行为是否构成抢劫罪。

【法院裁判要旨】

湖北省长阳土家族自治县人民法院认为，被告人郑某出于报复的目的故意伤害他人身体，致人轻伤，其行为已触犯刑律，构成了故意伤害罪。郑某在实施伤害行为后，利用被害人因受到伤害而不敢反抗的处境，劫取被害人的手机，起初虽有阻止被害人报警的意图，但被告人自劫得手机后到被抓获前的数天时间内，一直将其所劫手机携带在身上并准备外出打工，期间使用所劫手机的SIM卡上网浏览，这些行为足以表明其具有非法占有该手机的目的。根据《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第八条的规定，行为人实施伤害等行为，在被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，临时起意劫取他人财物的，应以此前实施的具体犯罪与抢劫罪实行数罪并罚。故被告人的行为除构成故意伤害罪外，还构成了抢劫罪，依法应予数罪并罚。公诉机关指控的罪名成立，被告人及其辩护人关于不构成抢劫罪的辩解及辩护意见与事实和法律规定不符。遂判决：

被告人郑某犯故意伤害罪，判处有期徒刑一年一个月；犯抢劫罪判处有期徒刑三年，并处罚金1000元。决定执行有期徒刑三年六个月，并处罚金1000元。

宣判后，被告人未上诉，公诉机关未抗诉，一审判决发生法律效力。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对行为人不具有明确的非法占有目而劫取他人财物的行

为，如何认定。我国刑法及相关司法解释未将“以非法占有为目的”明确规定为抢劫罪的构成要件，如刑法仅规定“以暴力、威胁或者其他方法抢劫公私财物”。但“非法占有目的”属于抢劫罪必须具备的主观构成要件是众所周知，毋庸置疑的。因是否具有非法占有目的，关系到罪与非罪、此罪与彼罪的问题。

如何把握“非法占有目的”，张明楷教授认为，“非法占有目的”是指排除权利人，将他人的财物作为自己的所有物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思，由“排除意思”和“利用意思”构成。因此，行为人是否具有非法占有目的，不能仅凭主观言词证据如被告人的口供来认定，还应结合行为人的客观行为表现进行审查，即对他人的财物是否具有“遵从财物的用途进行利用、处分”的意思表示。如单纯以毁坏、妨碍他人使用的意思而劫取他人财物并使权利人受到财物损失的，因行为人不具备“遵从财物的用途进行利用、处分”的意思表示，即不具有非法占有目的，就不能认定行为人构成抢劫罪，而可能成立故意毁坏财物罪。此外，非法占有目的的产生不一定是在事前，也可能在事中（临时起意）、事后（犯意转化）。

具体到本案，被告人在故意伤害被害人的过程中劫取被害人手机的事实没有争议。《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第八条规定：“行为人实施伤害、强奸等行为，在被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，临时起意劫取他人财物的，应以此前实施的具体犯罪与抢劫罪实行数罪并罚……”但我们不能就此简单地依据该解释认定被告人的行为构成抢劫罪，还应分析被告人劫走手机的目的是什么，即是否具有非法占有的目的。事实上，被告人劫取被害人的手机起初并不是为了非法占有，而是为了阻止被害人报警，此时被告人的行为只有“排除意思”，尚未成立抢劫犯罪。但之后被告人使用劫得的手机上网，且欲携带该手机外出打工，表明被告人主观上具有“利用意思”，此时被告人的“非法占有目的”已彰显无疑，认定其构成抢劫罪的主、客观要件完全具备，故对其以抢劫罪和故意伤害罪并罚。反之，如果被告人事后及时将手机完好地归还给被害人，则因被告人主观上缺乏“非法占有目的”，其劫取手机的行为可能不构成犯罪，而只成立故意伤害罪。如果被告人劫取手机后，采取以毁坏手机等方式阻止被害人使用手机报警，则被告人的行为可能成立故意毁坏财物罪，而与故意伤害罪并罚。

可见，对“非法占有目的”的把握，需要具体案件具体分析，慎重对待。在办理案件时，不能机械地将被告人的行为和法律规定的行为简单的对号入座。在把握好客观要件的同时，须把握好对主观要件的审查，坚持主观和客观的统一。

编写人：湖北省长阳土家族自治县人民法院　田开文

49

抢劫罪既遂与未遂的认定

——侯某抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省灌云县人民法院（2012）灌刑初字第0402号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪

【基本案情】

2012年6月13日上午8时40分许，被告人侯某与他人来到灌云县陡沟乡陡沟街植美村美体美容店内，在他人的掩护下，被告人侯某趁机窃取店内柜台上被害人颜某的钱包内人民币2000余元。此过程被在家中看店内监控的被害人颜某丈夫夏某发现，夏某赶至店门前时，被告人侯某出门逃跑，被夏某抱住，为了抗拒抓捕，被告人侯某用胳膊肘将夏某右胸部打伤，挣脱后逃跑，并从自己身上掏钱撒在路上。后被告人侯某被夏某及赶至的邻居和公安民警制服。经鉴定，被告人夏某右胸前皮肤软组织擦挫伤，属于轻微伤。

【案件焦点】

此案应认定为抢劫罪既遂还是认定为抢劫罪未遂。

【法院裁判要旨】

江苏省灌云县人民经审理认为：被告人侯某在营业场所窃得钱物后，逃至门外

时为抗拒抓捕而实施暴力，致被害人夏某轻微伤，挣脱后逃跑，其行为已构成抢劫罪既遂。后被告人在逃离过程中撒钱，是其对劫得财物的处分行为。公诉机关指控被告人犯抢劫罪成立，本院予以支持，但公诉机关认为被告人系犯罪未遂不予确认。被告人侯某归案后如实供述主要犯罪事实，依法予以从轻处罚。被告人侯某亲属与被害人就民事赔偿达成调解协议，并已履行完毕，且取得被害人对其谅解，本院酌情对被告人侯某从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第三百六十九条、第三百六十三条、第六十七条第三款、第二十五条第一款和《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》第九条之规定，判决如下：

被告人侯某犯抢劫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币4000元。

被告人侯某不服一审判决，提起上诉。二审法院经审理认为：侯某在窃取他人财物后的逃跑过程中，为抗拒抓捕，当场使用暴力，其盗窃行为已经转化为抢劫罪，且已完成抢劫犯罪的全部构成要件，系既遂。二审法院据此驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案是定抢劫罪未遂还是定抢劫罪既遂，存在两种观点：

第一种观点认为，转化抢劫的既未遂标准应以转化为抢劫前的违法犯罪行为的既未遂情况及抢劫既未遂标准予以综合确定。具体而言，如果转化前的盗窃、诈骗、抢夺行为系既遂，则转化为抢劫后，应认定为犯罪既遂；如果转化前的行为虽属未遂，但在转化过程中，当场使用暴力或使用暴力相威胁，最终劫得财物或者至被害人轻伤以上的伤害后果的，也属于抢劫既遂。据此观点，本案中，被告人侯某在营业场所盗窃钱物时被店内监控当场发现，其盗窃行为属未遂，同时其之后抗拒抓捕的行为只造成他人轻微伤，故被告人的行为构成抢劫罪未遂。

第二种观点认为，在犯罪既未遂的区分上，转化抢劫与典型抢劫应当适用同样的标准。转化抢劫同样是抢劫，在认定转化抢劫的形态时应当以抢劫罪的既未遂标准为依据，而不能再以盗窃、诈骗、抢夺的既未遂标准作为认定转化抢劫形态的依据。即，凡是转化抢劫过程中实际劫得财物或者已造成他人轻伤以上伤害后果的，应认定为犯罪既遂，反之，既未劫得财物，又未造成他人轻伤以上后果的，则认定为犯罪未遂。本案中，被告人侯某在营业场所窃得钱物后，逃至门外为抗拒抓捕而

实施暴力，致被害人夏某轻微伤，挣脱后逃跑，此时，其已构成抢劫罪既遂。后其在逃离过程中撒钱，是其对劫得钱物的处分行为。

笔者同意第二种观点，本案定抢劫既遂是正确的。

编写人：江苏省灌县人民法院　郭胜利

50

进入兼具经营和居住两种功能的场所抢劫是否构成“入户抢劫”

——刘某抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

河北省沧州市孟村回族自治县人民法院（2012）孟刑初字第49号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪

【基本案情】

2012年3月4日傍晚，被告人刘某因缺钱便想抢劫刘世强，然后骑摩托车携带着工具来到孟村回族自治县沙涨村刘甲家的粮食收购点，用随身携带的铁棍将门锁撬开，进院后发现刘甲及家人所住的房屋反锁着，被告人刘某在其家北侧的平房内过夜。第二天早晨7时许，被害人刘甲的女儿打开屋门后，被告人刘某手持铁棍进屋向刘甲夫妇要钱，先抢得刘甲的妻子王甲的黄金项链（价值3294元），后继续要钱，刘甲电话通知其父送钱过来，刘甲的父亲来后被刘某用铁棍打伤左胳膊，经法医鉴定为轻微伤。随后刘甲的工人和客户来粮食收购点，发现有人抢劫，便一起将被告人制服，并报警。

【案件焦点】

刘某是否构成入户抢劫。

【法院裁判要旨】

本院经审理认为，被告人刘某以非法占有为目的，采取暴力、胁迫手段，强行劫取他人财物，其行为构成抢劫罪，公诉机关指控罪名成立。

关于被告人的辩护人及公诉人关于被告人的行为不构成入户抢劫的意见。经查，刘甲的住所系白天经营夜晚住宿的经营性场所，抢劫过程中已有工人上班及客户进店，应认定被告人作案系在粮店营业期间，对于辩护人及公诉机关不属入户抢劫的意见，予以采纳。

被告人刘某在被害人刘甲家劫取财物时，由于被刘甲及他人当场制服并报警，抢得的项链归还被害人，系抢劫未遂，依法可从轻或减轻处罚，被告人刘某当庭自愿认罪，且如实供述，依法可酌情从轻处罚。

根据本案的事实和情节，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、第二十三条的规定，判决如下：

被告人刘某犯抢劫罪，判处有期徒刑五年八个月，罚金5000元。

【法官后语】

抢劫罪作为一种多发性的刑事犯罪，严重地侵犯了公民的财产权利和人身权利，也是我国对刑事犯罪打击的重点。根据刑法典对抢劫罪处罚的规定，学理上将其分为基本构成的抢劫犯和加重构成的抢劫犯两种情况，其中加重构成的抢劫犯可分为结果加重和情节加重两种类型。“入户抢劫”就是情节加重之一。一般抢劫与入户抢劫在刑罚上的区别很大，前者处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；后者处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。因此对“户”有一个正确的理解尤为重要。

根据《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，“户”是指他人生活的与外界相对隔离的住所，包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋。其特征表现为供他人家庭生活和与外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。

对于这种兼具经营和居住两种功能的场所在确定案件性质的“户”与“非户”问题上，应依据“户”的基本特征和案件的客观情况予以认定。经营活动过程中，该房功能是经营用途，处于对外界开放即尚未处于与外界相对隔离的状态，属于公

共开放空间，不具有“户”的相对封闭的特征，如在此时被抢，则不认定为入户抢劫；经营活动停止后，该房便属于居民生活、居住用房，属于封闭空间，行为人进入他人封闭性的居住、生活房内抢劫，符合入户抢劫的标准，应认定为入户抢劫。

具体到本案来看，是否应认定为“入户抢劫”的关键在于案发现场的场所性质。本案的案发地点是粮食收购店。该粮食收购店白天系经营性场所，夜晚住人。被告人虽在头天晚上进入粮食店，但是并没有当场抢劫，而是睡了一晚，次日早晨作案，在抢劫过程中已有工人上班及客户进店，应认定此时粮店系营业期间，属于公共开放空间，不具有“户”的相对封闭的特征。因此，将该案定性为一般抢劫而非入户抢劫。

编写人：河北省沧州市孟村县回族自治县人民法院　哈庆原

51

携带凶器抢夺是否转化为抢劫

——陈甲、陈乙抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省东营市东营区人民法院（2012）东刑初字第97号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪

【基本案情】

1. 2011年6月10日凌晨2时许，被告人陈甲、陈乙窜至东营市东营区少年宫广场，持刀抢劫被害人魏某摩托罗拉W181手机一部（价值50元）及现金人民币400元。

2. 2011年6月20日23时许，被告人陈甲、陈乙窜至东营市东营区少年宫广场，持刀抢劫被害人朱某的米黄色钱包一个，内有现金十几元，步步高手机一部（价值959元）及其他物品一宗。

3. 2011年6月29日20时许，被告人陈甲、陈乙窜至东营市东营区少年宫广场，二人前后夹击，由陈乙持刀抢夺被害人秦伟伟挎包一个，内有现金20元及其他物品一宗。

公诉机关认为，被告人陈甲、陈乙抢劫三次，共劫取他人财物1400元余元，行为触犯《中华人民共和国刑法》第二百六十三条（四）项、第二十五条之规定，应当以抢劫罪追究刑事责任。并提供了物证、证人证言、鉴定结论及被告人供述与辩解等证据。

二被告人及其辩护对第1和第2起犯罪事实供不持异议，但认为第3起指控被告人未携带凶器抢夺，且未加以显示，不构成抢劫罪。

【案件焦点】

检察机关指控的第3起犯罪事实的是否构成抢劫罪。

【法院裁判要旨】

东营市东营区人民法院经审理认为：被告人陈甲、陈乙以非法占有为目的，二次采用暴力手段劫取他人财物，一次携带凶器抢夺他人财物，总计价值1439元，其行为构成抢劫罪。公诉机关指控的罪名成立，提供的证据确实充分。本案系共同犯罪，被告人陈甲、陈乙经预谋后积极实施犯罪，虽分工不同，但作用基本相当，故不分主从犯，根据其在犯罪中的作用予以量刑。

关于被告人陈甲的辩护人提出“即使携带刀具抢夺，但因未加显示，亦不构成抢劫罪”的辩护观点及被告人陈乙的辩护人提出“并非被告人携带凶器抢夺就按抢劫处理，被告人携带的并非管制刀具，且未有意显示，也不是在逃跑过程中抗拒抓捕或毁灭罪证而当场使用暴力或暴力相威胁，因此不构成抢劫罪”的辩护观点，本院审理认为，根据《刑法》及其司法解释的规定，携带凶器抢夺是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。本案中，二被告人实施第三次抢夺行为所携带的刀具，现有证据虽不能证实为管制刀具，但是通过二被告人相互印证的供述，足以证实二被告人携带该刀具的本意是为了实施抢夺犯罪行为，该刀具应当认定为“凶器”，因此二被告人的行为符合《刑法》规定的携带凶器实施抢夺的规定，应当以抢劫罪追究刑事责任，因此上述辩护观点均不能成立，本院不予采纳。

东营区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条（四）项、第二百六十七条第二款、第六十七条第三款、第六十四条、第五十二条，《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》第六条、《最高人民法院关于审理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第四条之规定，作出如下判决：

一、被告人陈甲犯抢劫罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币5000元。

二、被告人陈乙犯抢劫罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币5000元。

【法官后语】

本案的处理重点在于携带凶器抢夺转化为抢劫应如何认定。

1. 对相关司法解释的理解适用

现行司法解释关于“携带凶器抢夺”的解释主要有两处：一是《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《抢劫解释》）第六条规定，“携带凶器抢夺”，是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为；二是《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第四条规定，“行为人随身携带国家禁止个人携带的器械以外的其他器械抢夺，但有证据证明该器械确实不是为了实施犯罪准备的，不以抢劫罪定罪；行为人将随身携带凶器有意加以显示，能为被害人觉察到的，直接适用《刑法》第二百六十三条的规定定罪处罚。”从上述司法解释可以看出，后一司法解释其实质是对前一司法解释的再解释和说明。上述司法解释表明，关于“凶器”的理解，在司法解释上实际分为两类，即“国家禁止个人携带的器械”和“国家禁止个人携带的器械以外的其他器械”。前者也可称为性质上的凶器，是指从器械本身的性质来认定其属于凶器，国家禁止个人携带的器械无疑属于此种类型；后者也被称为用法上的凶器，是指从器械本身而言并不属于凶器，比如菜刀，将其运用实施犯罪时才称为凶器。对于携带这两类不同的器械进行抢夺，认定为抢劫需要不同的条件。而本案中的被告人携带的刀具是否属于管制刀具虽没有明确的鉴定意见，但是二被告人携带的目的是为了实施犯罪行为，应认定为刑法意义上的凶器即第二类。

2. 携带的凶器是否显露不是构成抢劫罪的必要构成要件

对携带凶器抢夺能否构成抢劫罪，应以犯罪嫌疑人携带凶器是为实施抢劫这一

主观故意为基础，而不应以被害人是否感知凶器的存在为标准。从构成要件方面来看，显示或暗示自己携带凶器进行抢夺，这种行为比普通抢劫罪中当场使用语言进行暴力威胁，在危害程度上有过之而无不及，其本身就完全符合一般抢劫罪的构成要件。

再者，根据《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定，行为人将随身携带凶器有意加以显示、能为被害人察觉到的，直接使用抢劫罪的规定定罪处罚。因此，如果行为人有意识地将凶器外在表露，使受害人感受到暴力威胁的存在，就应认为是在“使用”携带的凶器，是在对被害人以暴力相威胁，实际上就构成了完整意义上的抢劫罪，而不是转化型抢劫罪。二被告人预谋并携带凶器抢夺或抢劫，从主观上已经具备了使用凶器的故意，也就超出了抢夺的范围。

3. “携带凶器抢夺”转化为抢劫罪要求携带的凶器具有随时使用的可能性

“携带凶器抢夺”首先要求携带行为要发生在抢夺行为之前并且于抢夺时仍然携带着凶器。其次，携带凶器应具有随时可能使用或当场能及时使用的特点，即具有随时使用的可能性。虽然《刑法》第二百六十七条第二款属于法律拟制条款，但它也是具有实质合理性的特别规定，只有当携带凶器抢夺的行为随时可能发展为抢劫行为时，才宜适用该规定。因此，虽然行为人暗中携带了某种凶器，但在抢夺现场不具有随时使用的可能性，也不得认定为“携带凶器”。

《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第四条关于“携带凶器抢夺”的认定中规定可知，如果行为人携带国家禁止个人携带的器械进行抢夺，则不管其主观意识如何，皆可认定其为“携带凶器抢夺”。但如果行为人携带的是国家禁止个人携带的器械以外的其他器械抢夺，还需要证明行为人具有准备使用其携带器械的意识。如果行为人不是为了犯罪而携带某种器械，实施抢夺时也没有准备使用的意识，则不能适用《刑法》第二百六十七条第二款的规定。

通过上述几个问题的分析，我们不难看出，本案中二被告人携带的不管是否属于国家禁止个人携带的管制刀具，但无疑属于刑法中规定的“凶器”，其在抢夺过程中未显示凶器，在抓捕过程中也未当场使用暴力或以暴力相威胁都不影响转化型抢劫罪的构成。

编写人：山东省东营市东营区人民法院　张婷　纪鹏辉

52

从户外追赶被害人进入户内后实施抢劫行为的定性

——刘某抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡高新技术产业开发区人民法院（2011）新刑初字第0487号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪

【基本案情】

被告人刘某于2011年8月1日13时许，携带事先准备好的水果刀伺机抢劫。后其至无锡市新区硕放街道庵西路17号东侧被害人吴某租住的出租房门外，遇见被害人吴某，遂持刀威胁欲劫取财物。被害人吴某因害怕入房内躲避，被告人刘某追赶被害人吴某入室，继续采用捂嘴、持刀划伤被害人等手法，劫得被害人吴某人民币200元并致被害人吴某颈部多处受伤。经法医鉴定，被害人吴某所受伤已构成轻伤。

【案件焦点】

从户外追赶被害人进入户内后实施抢劫的行为能否认定为入户抢劫。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡高新技术产业开发区人民法院经审理认为：行为人从户外着手实施抢劫，并一直追赶被害人进入户内后继续实施暴力抢劫的行为，不仅反映了行为人主观上具有入户抢劫的非法目的，客观上实施了入户行为和户内暴力抢劫行为，其行为完全满足入户抢劫的构成要件。而且将行为人的上述行为认定为入户抢劫并在加重法定刑中处罚符合入户抢劫的立法精神。

江苏省无锡高新技术产业开发区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条第（一）项之规定，作出如下判决：

被告人刘某犯抢劫罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币5000元，剥夺政治权利三年。

【法官后语】

入户抢劫的基本构造为：入户前持有非法的入户目的→入户行为→户内实施暴力或者暴力胁迫行为实施抢劫或者转化型抢劫。

对行为人入户目的的判断，应通过客观事实推定。行为人在户外持刀威胁被害人劫取财物，见被害人逃跑后，遂追赶躲避回家的被害人入室，并继续采用捂嘴、持刀划伤被害人等手法实施抢劫。上述事实都有相关证据予以证实。从此客观事实不难推定，行为人在入户前即具有抢劫目的，即满足“入户”目的的非法性。

“入户”的判断从刑事政策的角度而言应采取严格解释的方法，强调入户与抢劫之间的关联关系，只有入户时持有非法目的的才可能构成入户抢劫犯罪。本案中，行为人追赶被害人进入其日常生活的出租屋。主观上没有得到被害人的同意而进入，客观上实施了“入户”行为，且入户是为了实施抢劫行为，完全符合“入户”的法律特征。

行为人携带工具从户外开始对被害人实施抢劫，并追赶被害人到户内，在户内劫得财物并致被害人轻伤。此抢劫行为从户外一直延续到户内，满足在户内实施暴力行为的要件，认定为“户内实施暴力抢劫行为”符合立法精神。

综上所述，本案行为人的行为完全满足“入户抢劫”的加重情节的构成要件，不存在法律适用上的障碍。而且，行为人从户外追赶被害人进入户内后实施抢劫的行为认定为入户抢劫更符合立法对“户”格外强调和突出保护的初衷。

编写人：江苏省无锡市中级人民法院　徐振华　徐海宏　王星光

53

在待出租房屋内抢劫不构成“入户抢劫”

——付某抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市第二中级人民法院（2012）二中刑终字第296号刑事裁定书

2. 案由：抢劫罪

【基本案情】

被告人付某与李某、王某（均另案处理）预谋以租住他人房屋的形式实施抢劫行为。2004年9月26日9时许，付某、李某、王某与被害人张某共同进入张某欲出租的坐落于本市河东区六纬路3号3号楼4门601房屋内。被告人付某三人持刀威胁被害人张某，将其手、脚用胶带捆住，当场抢劫现金人民币4000余元、三星X609手机一部、戴梦得牌白金钻戒一枚、银行卡及房产本、钥匙等物品。期间，三人得知被害人张某在塘沽区家中有银行卡，李某和王某向张某索要其家门钥匙后离开现场，由被告人付某看守张某。被害人张某趁机从阳台逃离呼救，群众报警，三人逃逸。2011年8月18日被告人付某到公安机关投案。

【案件焦点】

被告人付某的抢劫行为是否构成“入户抢劫”。

【法院裁判要旨】

天津市河东区人民法院经审理认为：被告人付某无视国家法纪，伙同他人以暴力、胁迫方法，实施抢劫，其行为已构成抢劫罪，依法应予惩处。公诉机关指控的罪名成立，予以确认。公诉机关指控被告人系“入户抢劫”不妥，因为这里的“户”是指住所，其特征表现为供他人家庭生活和与外界相对隔离两个方面，前者

为功能特征，后者为场所特征。因本案犯罪地点系待出租之无人居住的空房，不符合功能特征，故本案的抢劫情形不宜认定为“入户”。本案系共同犯罪，被告人付某主动投案，如实供述犯罪事实，系自首，依法可从轻处理。

天津市河东区人民法院《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、第二十五条第一款、第六十七条第一款之规定，作出如下判决：

被告人付某犯抢劫罪，判处有期徒刑九年十个月，并处罚金人民币五千元。

一审宣判后，被告人付某以量刑过重为由向天津市第二中级人民法院提起上诉。天津市第二中级人民法院经审理认为，付某以非法占有为目的，伙同他人采用暴力手段，劫取他人财物，其行为已构成抢劫罪，且系共同犯罪，应予惩处。原审判决认定事实清楚，证据充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。关于付某提出原审判决量刑过重的上诉理由，经查，根据《中华人民共和国刑法》第二百六十三条的规定，以暴力方法抢劫他人财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。原审判决根据付某的犯罪事实，综合考虑其具有自首情节，在上述法定的量刑幅度之内从轻处罚，判处其有期徒刑九年十个月，并处罚金人民币5000元，量刑并无不当。上诉人付某所提原审判决量刑过重的上诉理由，依据不足，不予支持。综上，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项的规定，裁定如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

2000年、2005年，最高人民法院先后出台《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《抢劫解释》）、《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《两抢意见》）明确限定了入户抢劫。《抢劫解释》第一条将“户”定义为“他人生活的与外界相对隔离的住所”。《两抢意见》第一条则界定“生活”为“家庭”生活，明确“供他人家庭生活”为功能特征、“与外界相对隔离”为场所特征，同时具备该才属于刑法意义上的“户”。界定“户”时，应运用限制或缩小解释方法，适当紧缩“入户抢劫”加重犯的认定范围，而不宜作扩大解释。因一些客观的表象就认定其为刑法意义上的“户”是不符合刑法的谦抑原则的。

甄别刑法意义上的“户”应当是必须同时具备以下条件。

1. 场所特征：与外界相对隔离。户内应该具有私密性和排他性。人们在户内空间享有生存、繁衍等私生活的自由和安宁，在安全防范上具有一定的措施或保障，非经同意他人不得随意出入。针对本案，待出租房屋作为基本住宅场所可以满足与外界相对隔离，但待价而沽的特殊性致使待出租房屋必须随时面对不特定的多数人，不可能处于与外界相对隔绝的状态，故待出租房屋不具有“与外界相对隔离”的场所特征。

2. 功能特征：供他人家庭生活。家庭生活是指家庭成员在户内所进行的饮食起居等生存活动。可分为，一是具备家庭生活的客观功能，具有供人饮食起居日常生活的基本条件；二是正在持续进行的状态，正在持续发挥供他人家庭生活用的功能，而不是将要进行的或者已经结束的。虽然待出租房屋在对外出租时生活设备一应俱全，承租人只需携带个人物品即可入住，但仍不能认定为刑法意义上的“户”。因为，曾经用于家庭生活的房屋在被空置下来，即便该房屋今后仍出租与他人用于家庭生活居住使用，该房屋作为“户”的功能特征是暂时丧失了。没有人居住生活的房屋才能再次出租，待出租房屋内无实质的正在进行的正常家庭生活，不符合入户抢劫中对“户”的要求，不具有刑法意义上的“户”的基本功能特征。

本案中被害人在其用于出租的房屋内被抢劫时，该房屋虽然具备家庭生活的客观功能，但因其待价而沽，随时有人查看房屋，不能做到私密性与排他性，故与外界相对隔离的场所特征已然丧失。被害人虽为该房屋的所有人，但并未在该房屋内居住生活，该房屋也无其他人生活居住，不存在正在持续、实质性的家庭生活，因此其也已经丧失了供他人家庭生活的功能特征。所以，待出租的房屋不能认定为“户”。同时，被害人只是本人及其随身携带的物品受到了犯罪的侵害，并没有使其家庭成员及其他的家庭财产等受到侵害，其危害性相对较小。

编写人：天津市河东区人民法院　李龙娜　王琪

54

强迫他人签订借款协议并劫财构成抢劫

——田某抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院（2010）苏中刑终字第0275号刑事裁定书

2. 案由：抢劫罪

【基本案情】

2010年1月12日上午，被告人田某伙同他人至常熟市佳鑫投资管理有限公司附近，将陆某带至常熟市申银宾馆405房间内，采用持仿真手枪、刀等工具及言语威胁的手段，以借款为由向陆某强行索要人民币1000000元，强迫陆某写下借款人民币1000000元的协议1份。后被告人田某伙同他人将陆某带至常熟农村商业银行网点，采用由他人看守陆某，由被告人田某持陆某的银行卡和密码多次取得现金合计人民币100000元。随后被告人田某向陆某索得出票金额均为人民币50000元的银行承兑汇票2张，并以利息为名交给陆某现金人民币3500元。后被告人田某向陆某出具了借款人民币200000元、于2010年4月30日归还的欠条一份。

常熟市公安局城北派出所于事发次日接到被害人报案后，经侦查于2010年1月16日凌晨4时许，在常熟市碧溪镇海上天宾馆316房间内将被告人田某抓获。

案发后，赃款人民币5100元、赃物银行承兑汇票2张已被公安机关追缴并发还陆某。公安机关扣押的被告人田某的常熟农村商业银行储蓄存单一张（面额人民币4万元）及仿真手枪1把、折叠匕首1把，已由检察机关移交法院。被告人田某家属代其退赔陆某人民币30000元，并取得了谅解。

【案件焦点】

行为人采用暴力、胁迫或其他方法，强迫被害人签订借款协议，取得部分款项后，由行为人向被害人出具欠条的行为不能阻却行为的违法性；出具欠条、支付利息的行为不能阻却抢劫罪的成立。

【法院裁判要旨】

江苏省常照市人民法院经审理认为：关于田某及其辩护人称田某受到刑讯逼供和诱供的意见，经查，公安侦查人员在原审开庭时所作证言、讯问录像、常熟市看守所健康检查笔录证实公安机关在讯问田某的过程中不存在刑讯逼供、诱供情形，田某在公安机关所作的有罪供述来源合法，真实有效，具有证明力，故该意见不能成立，不予采纳。

关于田某及其辩护人提出的被告人不构成抢劫罪的意见，经查，本案中的“借款”协议不合法因而无效，该协议是被害人陆某在受到胁迫情况下被迫与田某达成的，属于非法行为，田某取得钱财无合法依据。田某在公安机关的有罪供述与被害人的陈述内容能相互印证，能证实田某伙同他人以“借款”为名，持仿真手枪、刀及用言语威胁的手段当场逼迫被害人陆某写下“借款”协议，被害人陆某被迫向顾某借得人民币100000元现金及人民币100000元银行承兑汇票后，田某从被害人陆某处劫取财物的犯罪事实。该事实且得到证人顾某证言、查获的仿真手枪及匕首、银行取款监控录像、银行承兑汇票、协议等其他证据印证，证据之间能形成锁链。田某在抢劫过程中以“借款”为名向被害人陆某出具“欠条”、支付“利息”的行为，并不影响对田某抢劫犯罪的认定。田某的行为符合当场使用胁迫手段当场劫取财物，其主观上具有非法占有他人财物的故意，客观上符合以胁迫手段、当场取得财物的特征，其行为完全符合抢劫罪的主客观构成要件。故该意见不能成立，不予采纳。

田某以非法占有为目的，以“借款”为名伙同他人采用胁迫手段当场劫取被害人陆某财物，数额巨大，其行为已构成抢劫罪，且系共同犯罪。田某在共同犯罪中起主要作用，系主犯。对于田某尚未兑现的人民币100000元银行承兑汇票及被害人陆某受胁迫下所签协议中尚未支付的人民币800000元部分，作为量刑情节酌情予以考虑。田某家属代其退赔了被害人部分经济损失，可酌情从轻处罚。

江苏省常熟市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条第（四）项、第二十五条第一款、第二十六条第一、四款、第五十六条第一款、第六十四条

之规定，判决：

一、被告人田某犯抢劫罪，判处有期徒刑十一年，剥夺政治权利二年，并处罚金人民币10000元。

二、暂扣的被告人田某常熟农村商业银行储蓄存单人民币40000元予以退赔给被害人陆某，继续责令被告人田某退赔尚未退出的赃款，发还被害人陆某。

三、被告人田某的仿真手枪1把、折叠匕首1把予以没收。

一审宣判后，被告人田某不服，向苏州市中级人民法院提起上诉。

苏州市中级人民法院经审理，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定，于2011年1月21日作出刑事裁定：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的争议焦点是（1）被告人的行为构成敲诈勒索罪还是抢劫罪，又或是普通的借贷行为，根本不构成犯罪？（2）行为人出具“欠条”、支付“利息”的行为能否阻却犯罪构成？

关于争议焦点（1），主要在于被告人的行为是否足以抑制了被害人的反抗、达到了抢劫罪的暴力程度，以及取财是否具有当场性。

被告人田某伙同他人持仿真手枪、刀，并用言语对被害人陆某实施威胁，限制陆某的人身自由，其暴力程度已足以抑制了被害人的反抗，被告人伙同他人以“借款”为名逼迫被害人陆某写下“借款”协议，并最终迫使陆某当即交付了200000元的财物，剩余的800000元被告人让被害人日后依据协议及时给付，并限定了两个月的履行期限，符合当场使用暴力、当场劫取财物的特征，此处不再赘述。

关于争议焦点（2），田某以“借款”为名出具“欠条”、支付“利息”的行为，不能阻却犯罪构成。本案中，没有证据证实事发前陆某对田某负有债务，借款协议因不合法而属于无效合同。被告人与被害人之间不存在债权债务关系，采用暴力手段强迫与被害人达成的借款协议就具有非法性，二人之间的协议当属无效合同。被告人明知自己不能合法占有财产，即采取了言语威胁、凶器恐吓等手段，迫使被害人交出财物，具有明显的非法占有的故意，至此抢劫行为已经完成。

至于强迫被害人写下借款协议后取财后又出具了欠条，是被告人的单方行为，并非双方意思一致的表示。借款本身是被害人不情愿的，违背了被害人的真实意思

表示，所以被告人出具欠条的行为，仅仅是一种不使犯罪行为暴露出来的掩护隐蔽犯罪行为的手段，是妄图借借款之名、行抢劫之实，欠条不能排除被告人的抢劫犯罪事实。出具欠条的行为不能被视为民事借贷，日后是否归还、何时归还，都是未知数，写下欠条并不能阻却被告人将劫取的财物占为己有的故意，故应以抢劫罪对被告人定罪量刑。

编写人：江苏省常熟市人民法院　吴向阳

55

绑架罪与抢劫罪的区别

——李某、闫某抢劫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山西省长治市中级人民法院（2012）长刑终字第328号刑事判决书

2. 案由：抢劫罪

【基本案情】

2006年7月中旬，被告人李某、闫某为偿还赌债，预谋抢劫长治市亨通饲料厂经理张某，并于案发前在该厂附近踩点。2006年7月28日18时许，李某、闫某在长治市郊区西二环路暴马村将张某所驾驶车辆拦下，闫某进入车内坐在副驾驶座上，李某上车后将张某拖至车后座，并用胳膊勒住张某的脖子，后闫某驾驶张某车辆并拿出匕首威胁张某不要反抗。二人先从张某的包里抢走现金2000元，又胁迫张某到其经营的长治市亨通饲料厂门口，令张某打电话称朋友急需买房用钱叫人从厂内送出现金90000元，后二人持现金92000元逃离现场。作案后二人将所抢现金平分。2011年11月22日，被告人闫某向公安机关自首，并将赃款46000元退还被害人。

另查明，被告人李某在一审开庭审理期间，于2012年2月21日将赃款46000元退缴至郊区法院。

【案件焦点】

二被告人的行为应构成抢劫罪还是应构成抢劫罪与绑架罪并实行数罪并罚。

【法院裁判要旨】

长治市郊区人民法院一审认为，被告人李某、闫某以非法占有为目的，采取威胁手段抢劫他人财物的行为，已构成抢劫罪。二被告人在抢劫2000元后，以勒索财物为目的，又胁迫被害人打电话让其单位的人送出90000元的行为，已构成绑架罪。依法应对二被告人数罪并罚。被告人闫某犯罪后能够投案自首，可以从轻或者减轻处罚。被告人李某、闫某均当庭自愿认罪，并且能够积极退缴赃款，可以酌情从轻处罚。判决如下：

一、被告人李某犯抢劫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币2000元；犯绑架罪，判处有期徒刑十三年，并处罚金人民币30000元，决定执行有期徒刑十五年，并处罚金32000元；

二、被告人闫某犯抢劫罪，判处有期徒刑二年四个月，并处罚金人民币2000元；犯绑架罪，判处有期徒刑十年四个月，并处罚金人民币30000元，决定执行有期徒刑十二年，并处罚金32000元。

一审宣判后，原审被告人李某、闫某提出上诉。二人均认为原判定性有误，不构成绑架罪。本案被告人并没有向被害人单位发出威胁，被害人是以朋友买房急需用钱为由让其姐夫送钱出来，不符合绑架罪的特征。行为人没有绑架的主观故意，也没有客观行为。此外，闫某及其辩护律师还认为其系从犯、初犯，主动投案，全部退赃，悔罪表现好，应从轻处罚。

长治市中级人民法院二审审理认为，上诉人（原审被告人）李某、闫某以非法占有为目的，采取威胁手段抢劫他人财物数额巨大的行为，均已构成抢劫罪。对于二原审被告人上诉均认为原判定性有误，不构成绑架罪。本院审理认为，本案被告人并没有向被害人单位人员发出威胁，被害人是以朋友买房急需用钱为由让其姐夫送钱出来，不符合绑架罪的特征。行为人没有绑架的主观故意，也没有客观行为。经查，依照《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第九条第（三）项之规定，“绑架罪表现为行为人以杀害、伤害等方式向被绑架人的亲属或其他人或单位发出威胁，索取赎金或提出其他非法要求……”本案中，原审被告人并未向被害人亲属发出威胁，而是被害人自己告知单位朋友买房用

钱，被害人亲属或单位并未感到威胁或担忧，二上诉人行为构成抢劫罪，该上诉理由及辩护意见予以采纳。此外，闫某及其辩护律师还认为其系从犯、初犯，主动投案，全部退赃，悔罪表现好，应从轻处罚。经查，闫某手持刀具威胁被害人，也是实行犯，其与李某的相互配合才能完成犯罪，不应认定其为从犯，原判已考虑到其从轻情节，该上诉理由及辩护意见不予采纳。据此，原判认定事实清楚，程序合法，但定绑架罪不当，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（二）项、《中华人民共和国刑法》第六十七条、第二百六十三条，《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第九条第（三）项之规定，判决如下：

一、撤销长治市郊区人民法院（2012）郊刑初字第148号刑事判决。

二、上诉人（原审被告人）李某犯抢劫罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金15000元。

三、上诉人（原审被告人）闫某犯抢劫罪，判处有期徒刑七年，并处罚金10000元。

本判决为终审判决。

【法官后语】

本案争议的焦点就在于二原审被告人的行为应构成抢劫罪还是应构成抢劫罪与绑架罪并实行数罪并罚。经合议庭讨论，多数人认为应定一罪，即抢劫罪。本案二原审被告人对被害人张某实施暴力手段，并将其挟持，其最终目的，就是想得到钱，即达到其非法占有财物的目的，且是直接故意，符合抢劫罪的主观要件。虽然本案原审被告人有挟持他人的行为，但不能仅凭此点就认定二原审被告人构成绑架罪，纵观全案，二原审被告人对被害人张某继续挟持，是因为没有抢到足够的钱，是前一个抢劫行为的延续，挟持人质并不是绑架罪的唯一要件，抢劫罪中的暴力，主要表现为行为人对被害人健康权甚至生命权的侵害。在某些情况下，也可以表现为对被害人人身自由的剥夺，如禁闭、捆绑等。以禁闭、捆绑、挟持等控制被害人人身自由的方式实施的抢劫犯罪，由于与绑架行为近似，实践中易与以勒索财物为目的的绑架罪相混淆。抢劫罪与绑架罪的关键区别在于：抢劫罪是使用暴力、胁迫等强制手段，直接劫取被害人的财物。所谓直接劫取被害人的财物，既可包括当场

劫走被害人随身携带的财物，也可包括挟持被害人到被害人住所等财物存放处劫走被害人的财物，或者像本案找其他理由让其单位或亲属将钱送出等。而以勒索财物为目的绑架罪则是将被害人绑架后，以被绑架人的亲属或其他人对被绑架人的安危担忧来威胁被绑架人的亲属或其他人，向被绑架的对象以外的第三人索取财物，被绑架人与被勒索人是分离的，不是同一人。

本案二原审被告人采用持刀威胁手段当场抢走被害人张某随身携带的财物后，仍不满足，继续挟持被害人威胁被害人打电话找亲属或单位要钱，并告知“别瞎说，就说你朋友用钱”，即不允许被害人亲属或单位人员知道其被挟持。被害人张某打电话给单位谎称朋友买房急需用钱，向单位要90000元，到约定地点交给被害人。由于原审被告人并未向被害人单位人员表示被害人已被绑架，也非直接向被害人单位人员实施勒索，被害人单位人员之所以拿钱到约定地点是去送“朋友买房用的钱”，而非受到被告人的要挟和勒索。故应认定被告人是向被害人张某本人索取钱财，而非转向被害人亲属或单位人员进行勒索，被告人侵害的对象始终是被害人本人。依照《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第九条第（三）项之规定，二审法院予以改判更客观、更符合法律规定。

编写人：山西省长治市中级人民法院　史蕾

56

虚构交易，利用网上支付平台系统漏洞及职务便利占有第三方公司钱款的行为定性

——谭某诈骗案

【案件基本信息】

1. 判决书字号

北京市海淀区人民法院（2012）刑初字第2509号刑事判决书

2. 案由：诈骗罪

【基本案情】

被告人谭某于2010年3月至2011年9月间，通过工作关系获取的被害单位网银在线（北京）科技有限公司（下文简称网银在线）后台管理账户和密码，利用网银在线与合作商户的系统衔接漏洞，以虚构交易，并立刻登录后台管理系统发送撤销交易指令的方式，分多次骗取被害单位网银在线先行垫付的交易款总计人民币1742192元，后以领取客户退款的虚假事由将上述款项从其所在单位科伦管理咨询有限公司（下文简称科伦公司）的银行账户提出后占为己有，部分用于个人消费、购买理财产品等。2011年11月2日，经被害单位网银在线报案，被告人谭某在科伦管理公司被公安机关抓获，涉案赃款人民币615522.47元，美金500元现冻结在案。在本院审理期间，被告人谭某的家属代其退交赃款人民币200000元，现亦扣押在案。

【案件焦点】

虚构交易，利用网上支付平台系统漏洞及职务便利占有第三方公司钱款的行为应构成盗窃罪，还是诈骗罪，或是职务侵占罪。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：被告人谭某以非法占有为目的，编造虚假事由骗取他人财物，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人谭某犯诈骗罪的事实清楚，证据确实充分，指控罪名成立。关于辩护人认为被告人谭某的行为应认定为职务侵占的辩护意见，法庭认为，虽然被告人谭某在实施犯罪过程中存在利用工作关系和工作便利的情况，其最终也是从所在单位科伦公司账户中提出钱款，但在案证据显示，该笔钱款系被告人谭某超越其职权及业务范围的个人恶意操控行为所致，并非科伦公司与网银在线的正常往来钱款，其性质和名目已超出双方合作业务范围与交易规则；科伦公司决策层对其来由及出入情况亦不知悉和掌控，其既非科伦公司依约应收款项，亦非科伦公司代管钱款，故其权属不属于科伦公司，而是被害单位网银在线。被告人谭某的犯罪行为实质侵犯的是网银在线的财产，而不是本单位财物。故其使用欺骗手段，虚构交易、发送虚假指令获取被害单位网银在线钱款的行为不应认定为职务侵占，而应以诈骗罪论处。辩方的相关辩护意见，本院不予支持。量刑方面，鉴于被告人谭某到案后及在庭审过程中能如实供认自己的罪行，认罪态度较好；且到案后主动退赔

部分赃款，挽回了被害单位的部分经济损失，具有悔罪表现，对其应依法从轻处罚。辩护人的部分相关辩护意见，酌予采信。在案冻结、扣押的案款及其孳息系被告人诈骗犯罪所得，应依法发还被害单位，同时，被告人谭某仍应继续向被害单位退赔剩余赃款。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第六十七条第三款、第五十五条第一款、第五十六条第一款、第五十三条、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人谭某犯诈骗罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利二年，罚金人民币40000元。

二、被告人谭某向被害单位网银在线（北京）科技有限公司退赔人民币1742192元。（在案冻结、扣押人民币815522.47元、美金500美元及其孳息折抵退赔款发还被害单位网银在线（北京）科技有限公司）

【法官后语】

本案的犯罪事实和有关量刑情节的事实，控辩双方没有异议。本案争议焦点是谭某的行为应如何定性的问题。主要集中在以下几方面：

1. 盗窃罪与诈骗罪的界定问题

在案件审理中，有一种意见认为，被告人谭某利用电子系统漏洞，通过已经掌握的后台管理账户和密码登录管理系统，采取秘密修改数据和指令的方式，变相窃取被害单位钱款，数额特别巨大，其行为构成盗窃罪。但我们认为，本案行为不应认定为盗窃犯罪。因为，诈骗罪与盗窃罪的区别关键在于行为人获得财物的核心手段。本案中，谭某确实通过登录后台管理系统，偷偷撤销了交易指令，使被害单位系统出现衔接差错，最终导致被害单位钱款损失。这一行为确实具有一定的秘密性，但其并非谭某获得财物的关键所在。因为，这一行为只是停止了银行划扣客户钱款，并不直接导致网银在线向商户科伦公司支付钱款，网银在线向科伦公司付款，主要还是根据第一系统里的交易记录；而且，谭某为最终获得钱款，还需编造虚假事由将钱从科伦公司账户提出，而不仅仅是让网银在线系统衔接出错。因此，谭某登录后台系统撤销交易，只是其为防止自己银行信用卡账户被划款，避免交易真实发生的行为，并不是其获得被害财物的核心手段。其获得财物主要还是依靠编

造虚假交易以及虚假提款事由的欺骗手段。其正是利用这些诈骗行为，使网银在线错误地处分了财物，也使科伦公司的账户管理者错误地让其提出钱款。

当然，传统理论会认为，诈骗应当是使被害人基于错误认识而自愿交付财物，必须存在有思想意志的被害人。但我们认为，随着电子信息技术的快速发展，无纸化办公、远程交易、电子支付等行为方式将成为社会交往的新型模式。电子支付系统表面上看是没有生命的机器，但其是由人类预设的软件程序组合而成，执行的是特定人在机器上预设的意思表示程序，其程序运行是经权利人授权和认可的，可以说，其实质是在按照其“主人”的意识和思想在运行的。因此，在这种电子交易的特殊行为模式和情景下，应当将电子系统视为一个具有思想意识的网络行为主体，即“拟人化”。所以，其同样是可以作为一种特殊的诈骗指向对象的。因此，我们认为本案被告人谭某获得财物的核心手段是诈骗，而不是盗窃，不宜以盗窃罪论处。

2. 诈骗罪与职务侵占罪的界定问题

还有一种意见认为，本案被害单位因系统漏洞被人利用，错误地向科伦公司支付交易款，该钱款对于科伦公司属于不当得利，在法律上有返还之义务，并在未返还前具有代管义务。被告人谭某身为科伦公司财务人员，利用职务便利，以欺骗手段占有单位代管的财物，数额巨大，其行为构成职务侵占罪。我们认为，职务侵占犯罪侵犯的是本单位的财物，实际受害主体是本单位。但本案行为人谭某利用职务便利侵占的不是本单位财物，而是第三方公司的财产。且该笔钱款系被告人谭某超越其职权及业务范围的个人恶意操控行为所致，并非科伦公司与网银在线的正常往来钱款，其性质和名目已超出双方合作业务范围与交易规则；且科伦公司决策层对其来由及出入情况亦不知悉和掌控，其既非科伦公司依约应收款项，亦非科伦公司代管钱款，实质由谭某个人所掌控，故其权属不属于科伦公司，而是被害单位网银在线。被告人谭某的犯罪行为实质侵犯的是网银在线的财产，而不是本单位财产。其使用欺骗手段，虚构交易、发送虚假指令获取被害单位网银在线钱款的行为不应认定为职务侵占，而应以诈骗罪论处。

编写人：北京市高级人民法院　覃波

57

以结对助学名义侵占网民助学款行为如何定性

——叶某诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省淮安市盱眙县人民法院（2012）盱刑初字第0286号刑事判决书

2. 案由：诈骗罪

【基本案情】

被告人叶某自2002年8月至2008年6月任某希望小学团支部书记，2008年8月至案发时任某希望小学教导主任。2007年至2011年9月间，被告人叶某以资助某希望小学贫困学生为名，在互联网上建立结对助学QQ群，发布贫困学生资料，并以贫困学生名义办理银行卡或存折，用于接收网民资助。在此期间，被告人叶某一方面向资助人承诺捐助款项直接汇入被捐助贫困学生的银行卡，全部用于贫困学生完成学业；一方面其没有将办好的银行卡或存折交与学生或家长，只零星给付部分贫困学生少部分捐助款项，剩余款项及银行卡、存折由自己支配、使用。同时，为了让资助人相信贫困学生已收到捐助款，多次以偷开学校空白证明、自己填写助学证明、安排多名被资助的学生以写信、打电话、视频聊天的形式，谎称已收到捐助的钱款，骗取资助者的信任。

2011年9月底，被告人叶某的行为被媒体曝光，网民资助者亦开始在网络上举报被告人叶某侵吞助学款的问题。2011年9月28日，盱眙县纪律检查委员会对被告人叶某进行调查，并于同年10月3日将该案移交盱眙县公安局。2011年10月4日，盱眙县公安局对被告人叶某涉嫌诈骗一案立案侦查。根据被告人叶某所退及从其处扣押的共计254张银行卡、存折统计，资助者汇入资助款项共计人民币850000余元，平时零星已支付给学生的款项共计人民币近100000元，2011年9月份，被

告人叶某又陆续向部分学生及家长退出银行卡和已占用的钱款共计近350000元，实际骗取资助者人民币400000余元。

【案件焦点】

被告人叶某的行为是侵占行为还是构成诈骗罪。

【法院裁判要旨】

盱眙县人民法院经审理认为：诈骗罪的行为方式为“虚构事实，隐瞒真相”，并且欺诈行为与受骗者的财产处分之间具有因果关系，正是由于行为人虚构事实或隐瞒真相，使被害人在认识上产生错误，信以为真，以至于“自愿”地将自己所有或持有的财产交付行为人或者放弃自己的财产权。欺诈行为的实质在于使被骗者陷入或维持处分财产的认识错误并进而处分财产。本案中被告人叶某利用互联网在帮助贫困学生和网民结对助学的活动中，采取欺诈手段蒙蔽网民，使网民产生错误认识，“自愿”处分财产即捐助钱款，叶某隐瞒其已将部分捐助款截留并挥霍、使用的真相，达到其实际控制网民所捐助的财产并使网民受到损害的目的，网民资助者捐出款项即处分财产的行为与叶某的欺诈行为之间具有因果关系，叶某的行为完全符合诈骗罪的构成要件。

盱眙县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第六十七条第三款、第五十三条的规定，作出如下判决：

被告人叶某犯诈骗罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币100000元。

一审宣判后，盱眙县人民检察院未提出抗诉，被告人叶某未提出上诉，一审判决已经发生法律效力。

【法官后语】

本案争议焦点主要在于对被告人的行为定性。诈骗罪与侵占罪都是侵犯财产罪，两罪有很多相同之处，两者的主要区别在于行为对象、行为方式的不同。就行为对象而言，侵占罪的行为对象仅限于代为保管的他人财物、他人的遗忘物或埋藏物，且处于合法持有的状态。诈骗罪中被骗的财物虽然可能在欺诈行为实施以前就被行为人所占有，但获取财物的方式却表现为虚构事实或者隐瞒真相的方法，这与侵占罪有显著的不同。就行为方式而言，诈骗罪是行为人采用虚构事实或者隐瞒真

相的方法使他人受蒙蔽，从而“自愿”地将财物交给行为人或者行为人指定的第三人，而侵占罪则是所有人完全出于其对行为人的信任将财物交给行为人，而不是行为人以种种手段积极地迷惑、蒙蔽所有人，使其对行为人的真实意图产生误解，而将财物交给行为人。因此，行为方式即在他人的财物向行为人控制之下转移的过程不同，是侵占罪与诈骗罪最主要的区别。

本案中，受到叶某欺诈，“自愿”处分财产，权益受到损害的被害人应当是资助者。应该说，叶某个人启动捐资助学活动的初衷是好的，但是在帮助网民与贫困学生结对助学的过程中，叶某很快发现以此方式接受捐助在款项管理上缺少监管的漏洞，由此产生非法占有的目的，采取欺诈行为：一方面将学生的照片、学校地址及家庭情况发布于网上，寻找资助者，并且以学生的名义办理银行卡，当有资助者联系时，叶某在网络上即告知资助者，捐助钱款直接打入学生的银行卡，以此表示自己不经手钱财，同时，在资助者要求学校出具证明受资助的学生已收到捐助款项时，其利用学校教职工的便利条件，在空白纸页上盖上希望小学的公章，自己书写收到款项的证明发给资助者；另一方面还多次安排多名学生以写信、打电话、视频聊天的形式，谎称已收到捐助的钱和物。受到欺诈的对象是资助者，叶某让他们产生一种信任的心理，相信自己所捐助的款项直接到达学生的手中，从而产生一种错误的认识，“自愿”处分财产即捐助钱款，叶某隐瞒其已将部分捐助款截留并挥霍、使用的真相，达到其实际控制资助者所捐助的财产并使资助人受到损害的目的。而学生在本案中最后只是叶某实施诈骗行为的一种工具，其零星给付一些捐助款的行为也只是为了安抚学生，掩盖其罪行的一种手段。因此，被告人叶某的行为完全属于诈骗罪的构成要件，依法应当以诈骗罪追究叶某的刑事责任。

编写人：江苏省淮安市盱眙县人民法院　张永丽

58

骗取他人信任得以暂时保管他人财物后变卖的行为应如何定性

——王某、石某诈骗、脱逃案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省莆田市秀屿区人民法院（2012）秀刑初字第386号刑事判决书

2. 案由：诈骗罪、脱逃罪

【基本案情】

2012年5月12日12时许，被告人王某、石某到经营莆田市秀屿区东埔镇国投煤炭码头工地运输业务的金东海公司车队应聘，该车队负责人林某让被告人王某试驾赣F55050号重型自卸货车，被告人石某试驾另车。当日14时许，被告人王某提议将所驾货车开出卖掉，被告人石某表示同意。17时许，被告人王某谎称所驾货车的油门出现问题，骗得被害人林某同意到指定维修点修理后将车开出，并与被告人石某关掉手机直接驾驶该车前往福建省晋江市安海镇安平工业园区附近，卸掉车牌藏匿。因整车出售有困难，被告人王某便于同月18日下午到园区附近同案人张某（另案处理）经营的废品收购站内，将货车两块盖板以每斤1元的价格售掉，得款500元，分给被告人石某200元，自己占有300元。次日，被告人王某，通过同案人张某介绍，以每吨2300元的价格将车后厢售给同案人陈某（另案处理）、得款12350元，分给被告人石某6000元，自己占有6350元。同月20日，因该车无法再卖，被告人石某提议将车还给被害人，在获得被告人王某同意后，打电话让林某到该工业园区附近将该车驾回。经鉴定，赣F55050号重型自卸货车价值336300元，后厢价值82650元。

2012年5月28日，被告人王某因上述诈骗案，在福建省晋江市陈埭镇鹏头村“星卫网吧”内被晋江市公安局陈埭派出所抓获，次日被移送莆田市公安局东吴边

防派出所。当晚，因被告人王某的指纹卡编号无法核实，莆田市第二看守所拒绝收押，东吴边防派出所将该被告人临时羁押在所内候问室中。次日凌晨2时许，被告人王某趁值班民警不备，从该所中逃出。

【案件焦点】

王某、石某在骗取被害人林某信任后而得以暂时保管他人财物后实施变卖的行为应该如何定性。

【法院裁判要旨】

福建省莆田市秀屿区人民法院经审理认为：被告人王某、石某合伙以非法占有为目的，采用虚构事实的手段，骗取他人财物价值336300元，数额巨大，其行为已构成诈骗罪；被告人王某在被依法关押期间脱逃，其行为已构成脱逃罪。莆田市秀屿区人民检察院指控被告人王某犯诈骗罪、脱逃罪，被告人石某犯诈骗罪成立。两被告人在侦查阶段稳定地供述合谋诈骗涉案货车后销赃、且在庭审中亦对该供述没有异议，该供述与被害人陈述、证人证言及同案人供述能相互印证，足以认定，故被告人王某辩解欲将涉案货车骗出后营运赚钱的意见与事实不符，不予采纳。两被告人在主观方面合谋诈骗整车后销赃，而不是车后厢及零件，在客观方面亦实施了该犯罪行为，应对整车承担刑事责任，故两被告人辩解犯罪数额应是82650元的意见与事实不符、且于法无据，不予采纳。被告人王某在判决宣告前犯两罪，应实行数罪并罚；其曾因违法被行政处罚、有劣迹，但案发后返还部分赃车，在量刑时均予以考虑。在共同犯罪过程中，被告人王某提议、销赃、分配赃款，且占有的赃款份额比被告人石某大，起主要作用，是主犯；被告人石某在整个犯罪过程中起辅助作用、是从犯，且主动提议将赃车部分返还并电话联系被害人，依法予以从轻处罚。

福建省莆田市秀屿区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第三百一十六条第一款、第六十九条、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第二十七条、第六十四条的规定，作出如下判决：

一、被告人王某犯诈骗罪，判处有期徒刑七年，并处罚金20000元；犯脱逃罪，判处有期徒刑一年；数罪并罚，总和刑期有期徒刑八年；决定执行有期徒刑七年六个月，并处罚金20000元。

二、被告人石某犯诈骗罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金10000元。

三、责令被告人石某、王某各退出赃物折价款41325元，返还给被害人林某，并对总额82650元承担连带返还责任。

【法官后语】

本案关键是分析王某、石某犯罪行为的定性问题，在审理过程中，存在较大的分歧。

第一种观点认为，被告人王某、石某被应聘为车队员工，其利用职务上的便利，盗窃自己代为保管财物的行为，属于监守自盗，且数额巨大，其行为构成职务侵占罪。

第二种观点认为，被告人王某、石某实施犯罪行为时是在其应聘车队的试驾过程中，并非车队员工，但他们在获得被害人林某同意后将车开出车场，将代为保管的他人财物非法占为己有，数额巨大，符合侵占罪的特征，故应该以侵占罪来定罪。

第三种观点认为，被告人王某、石某以非法占有为目的，采用货车油门出现问题需要修理这一虚构事实的方法骗取货车而后变卖，数额巨大，故应定诈骗罪。

1. 被告人王某、石某没有管理货车的职权，其行为不构成职务侵占罪

根据刑法第二百七十一条的规定，职务侵占罪是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占有为己有，数额较大的行为。本案中，根据车队负责人即被害人林某的陈述，二被告人是在其车队试工时，谎称货车油门有问题需要修理，骗其同意后将货车开走变卖的，该事实与被告人王某、被告人石某在侦查、起诉、审理阶段的供述一致，故被告人王某、石某是应聘者，不是车队的正式员工，不符合职务侵占罪的犯罪主体构成。另外，被告人王某、石某并无职务便利，最多是利用工作上的便利，职务便利与工作便利二者在本质上有着重大的差别，行为人有工作便利与是否有职务是没有关系的。即使被告人王某、石某是利用对工作上的便利条件，将车队的财物非法占为己有，也不符合职务侵占罪客观方面的构成要件。不管是职务侵占罪的主体要件抑或是客观要件均不能成立，故不能认定被告人王某、石某犯职务侵占罪。

2. 被告人王某、石某将他人财物非法占有的行为亦不构成侵占罪，而应当以

诈骗罪追究刑事责任

根据刑法第二百七十条第一款的规定，侵占罪是指以非法占有他人财物为目的，将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交还的行为；第二百六十六条的规定，诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。从犯罪构成来看，两者的区别很明显，容易区分，但是对于以非法占有为目的，使用欺骗的手段得以为他人保管财物后，将该财物非法占为已有的行为，是构成侵占罪还是诈骗罪，难以认定。

笔者认为，区分两种罪名的关键在于区分行为人取得财物控制的原因，这是二者的关键区别。诈骗罪是被害人在行为人的欺骗下形式上“自愿”地将财物交与行为人，即行为人对他人财物的支配乃欺诈之果；而侵占罪则是被害人基于委托、信任等原因完全自愿地将财物交与行为人支配或者行为人偶然取得他人的遗忘物、埋藏物，并非行为人欺骗所致。其次，区分两种罪名还应当准确把握行为人控制财物与犯意产生的时间先后。诈骗罪的犯意产生于行为人取得财物之前；而侵占罪的犯意则产生于控制财物之后。本案中，被告人王某、石某在应聘当日的试工过程中，由被告人王某提议将其所驾驶的货车开出车场卖掉，被告人石某表示同意，而后被告人王某谎称货车油门有问题需要修理，骗取被害人林某同意到指定维修点修理后，将车开出并变卖，从其犯罪过程中明显可以看出被告人王某、石某的犯意产生于取得货车控制之前，且被害人是在被欺骗的情形下形式上“自愿”地将货车交与被告人，这大大有别于侵占罪的客观要件。另外，因侵占罪还需行为人具有“拒不退还”这一情节才构成犯罪，本案被告人王某、石某将货车的后厢及两块环保盖板变卖之后，因该车无法再卖，二被告人将车还给了被害人林某，没有“拒不退还”的情节，故二被告人不构成侵占罪。

被告人王某、石某以非法占有为目的，虚构货车油门有问题的事实，将货车开走而后变卖，数额巨大，构成诈骗罪。另外，两被告人在实施犯罪行为之前是合谋对整辆货车进行销赃，在主观方面是以非法占有整辆货车为目的，在客观方面亦实施了该犯罪行为，故应对整车承担刑事责任，二被告人的诈骗数额应为整辆货车的价值即336300元。

编写人：福建省莆田市秀屿区人民法院　宋敏

59

事前接收掌握明知用于诈骗的银行卡，待诈骗得逞后仍指使他人帮助转移，如何定性

——谢某某诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省泉州市安溪县人民法院（2012）安刑初字第89号刑事判决书

2. 案由：诈骗罪

【基本案情】

2011年7月28日之前，被告人谢某某将苏某某（另案处理）提供明知使用于诈骗的3张银行卡放置于其经营的“金尊茶叶店”内。7月28日16时许，被告人谢某某通过电话指使其店员工陈某某（另案处理）持该银行卡到安溪县凤城镇八三一路工商银行ATM机上，将孙某于同日16时2分被骗汇入户名为“刘某”工行账户的44000元中的22000元、1600元分别转到户名为“张某”、“岑某”的工行账户内。

案发后，被告人谢某某于2011年8月2日主动到安溪县公安局投案。公安机关已追缴赃款43200元返还被害人孙某。审理中，被告人谢某某向本院缴交赃款800元及预交罚金3000元。

公诉机关认为：被告人谢某某在他人诈骗得逞后，明知所转账的款项是他人犯罪所得，仍帮助转移赃款，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。其案发后自动投案，归案后能如实供述自己的罪行，是自首，依法可以从轻或者减轻处罚。

辩护人的辩护意见是对定性不持异议；其具有自首情节，且全部退赃，犯罪情节较轻，建议对其较大幅度从轻或减轻处罚。

【案件焦点】

本案犯罪人谢某某事前明知他人使用于诈骗的银行卡，在诈骗得逞后仍指使他人转移诈骗款，应构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，还是诈骗罪。

【法院裁判要旨】

福建省安溪县人民法院经审理认为：被告人谢某某伙同他人以非法占有为目的，采用虚构事实的方法，骗取公民财物，其行为已构成诈骗罪，且数额巨大，属共同犯罪。公诉机关指控被告人谢某某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪的罪名及辩护人关于本案定性的辩护意见，因被告人谢某某掌控明知他人使用于诈骗的银行卡，待诈骗得逞后再指使他人转移诈骗款，而作为获取诈骗款的银行卡，是短信诈骗方式不可缺少的工具，掌控明知使用于诈骗银行卡的行为与直接实施诈骗的行为只是分工的不同，宜以诈骗共犯论处，故公诉机关指控被告人谢某某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪的罪名不妥，该辩护意见亦不予采纳。在共同犯罪过程中，被告人谢某某的作用比实施直接诈骗的同案人小，是从犯，依法减轻处罚；其案发后自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，依法减轻处罚；因已追缴、退清全部赃款，且被告人谢某某又预交罚金，酌情从轻处罚。辩护人关于被告人谢某某具有自首情节，且全部退赃，犯罪情节较轻，建议对其较大幅度从轻或减轻处罚的意见予以采纳。

福建省安溪县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十五条第一款、第二十七条、第六十七条第一款、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人谢某某犯诈骗罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金人民币3000元。

二、被告人谢某某退缴的赃款人民币800元，返还给被害人孙某。

三、没收被扣押的作案工具。

【法官后语】

本案认定诈骗罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的关键就在于谢某某是否事前与本犯通谋。

首先，犯罪人谢某某主观方面为故意，并有非法占有他人公私财产的目的。其在明知苏某某从事领取诈骗款的情形下，接收并掌控了还没有获取诈骗款的银行卡，并答应领款，待诈骗得逞后又指使他人转移诈骗款，其不同于一般诈骗完毕后拿卡替人取款的行为，在诈骗得逞前已有非法占有他人公私财产的目的。

其次，客观方面，谢某某于事前就与本犯进行了通谋，构成诈骗共犯。其在诈骗未得逞前答应（替人领诈骗款的）苏某某领款，并接收掌握银行卡，还就事后转移掩饰、隐瞒犯罪赃物达成合意，故其属于事前通谋，其在诈骗得逞后，帮助转移犯罪所得，应以诈骗罪的共犯论处。

本案在苏某某未到案的情况下，一审法院从二方面分析印证了谢某某事前通谋的事实，并改变了公诉机关的定性。一是，谢某某接收掌控银行卡的时间在诈骗得逞前。犯罪人谢某某于被害人被骗前几天就答应苏某某领款，并叫其员工陈某某拿卡并掌握该卡。二是，谢某某指使陈某某转移款项的时间在被害人汇入诈骗款后短短二十几分钟内。被害人孙某刚于28日下午16时2分被骗汇款，而谢某某就指使陈某某于当天16时26分、31分进行了转账。据此，一审法院认定犯罪人谢某某为诈骗罪共犯。

综上所述，作为获取诈骗款的银行卡，是短信诈骗方式不可缺少的工具，谢某某掌控明知使用于诈骗银行卡，并事前达成转移犯罪赃物的合意，其行为与直接实施诈骗的行为只是分工的不同，故宜以诈骗共犯论处。犯罪人谢某某诈骗数额巨大，应在三年以上十年以下的法定刑期内定罪量刑。因其在共同犯罪过程中作用相对比实施直接诈骗的同案人小，是从犯，且在案发后自动投案，如实供述，是自首，依法减轻处罚。且已追缴、退清全部赃款，酌情从轻处罚。综合考虑本案情节，一审法院判处其有期徒刑七个月。

编写人：福建省泉州市安溪县人民法院　叶秀娟

60

不动产能否成为诈骗罪的犯罪对象

——高某、王某诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省无锡市南长区人民法院（2012）南刑二初字第0034号刑事判决书

2. 案由：诈骗罪

【基本案情】

周某某与徐某某系夫妻关系，无锡市中桥二村96号103室房屋为二人夫妻共同财产。被告人高某于2009年下半年结识周某某后，两人多次发生了不正当关系。2009年年底，被告人高某向周某某提出要将周某某、徐某某夫妇名下的中桥二村96号103室的房产无偿过户至被告人高某名下用于向银行申请抵押贷款，并谎称自己具有偿还能力，从而获得了周某某的信任与应诺。之后，周某某瞒着妻子徐某某至派出所申领了新的户口簿，并将中桥二村96号103室的房屋所有权证、国有土地使用证、周某某及其妻子徐某某的居民身份证、重新申领的户口簿交给被告人高某。

2010年1月，被告人高某找到无锡市居家房产信息咨询服务部的王某，要求王某为其办理银行贷款及中桥二村96号103室的房产转让事项。被告人王某为了能赚取中介费，与被告人高某合谋，伪造了一份内容为徐某某委托周某某办理无锡市中桥二村96号103室房屋的出售事宜的虚假公证书。2010年2月间，被告人高某、王某，至中信银行办理了个人购房借款合同，用中桥二村96号103室房屋作抵押，向中信银行借款人民币150000元用于购买上述房产。同年3月2日，被告人高某持伪造的公证书及相关证件，与周某某签订了存量房买卖合同，将无锡市中桥二村96号103室房屋的产权过户至被告人高某名下。2010年3月5日，中信银行向被告人高某发放了150000元的贷款并存入周某某名下的中信卡内。该款被实际控制周某某中信卡的被告人高某用于归还个人赌债等。

2010年6月至7月间，被告人高某又找到被告人王某，提出要再次用该房产从银行获取贷款。2010年7月1日，被告人王某指使其朋友吕某与被告人高某订立了买卖中桥二村96号103室房屋的存量房买卖合同，并由吕某委托被告人王某领取房产证及他项权证。2010年7月6日，被告人王某与吕某至中国工商银行办理个人购房借款合同，约定由吕某向该行借款人民币300000元用于购买中桥二村96号103室房屋。当日，中国工商银行将贷款人民币300000元汇至高某的牡丹灵通卡上，扣除先前归还中信银行股份有限公司无锡分行的贷款，余款均被被告人高某用于归还个人赌债等支出。

被告人高某挥霍上述所得贷款后，又找到被告人王某，要求将无锡市中桥二村96号103室的房产挂牌出售。2011年1月4日，被告人王某让吕某至无锡市梁溪公证处办理了委托公证事项，内容为吕某全权委托高某办理出售中桥二村96号103室的房产的一切手续。2011年1月5日，被告人高某以吕某委托人的名义与董某订立了房产转让协议，约定以人民币450000元将中桥二村96号103室房屋出卖给董某，高某保证在2011年5月底前交房，董某需支付定金人民币57000元给高某。后董某按约支付给被告人高某定金人民币57000元。之后，因董某等人去中桥二村看房，被周某某家人发现而案发。

【案件焦点】

不动产能否成为诈骗罪的犯罪对象。

【法院裁判要旨】

无锡市南长区人民法院经审理认为：被告人高某以非法占有为目的，明知自己无偿还能力，仍虚构事实骗取他人房屋，并将该骗得的房产作抵押，从银行骗取贷款后挥霍，银行在支付了相应对价后获得该抵押房屋的优先受偿权，使被害人周某某、徐某某丧失了对自有房屋的所有权，诈骗数额巨大，其行为已构成诈骗罪，依法应处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。被告人王某作为专门从事房产中介职业的人员，应当明知高某从事诈骗行为，但为了获取房产转让的中介服务费等，仍帮助被告人高某伪造公证书，协助转让房产、申请贷款，构成被告人高某诈骗犯罪的共犯。被告人高某在共同犯罪中起主要作用，是主犯，依法应当按照其参与的全部犯罪处罚。被告人王某在共同犯罪中起次要作用，是从犯，依法应当从轻、减轻或者免除处罚。被告人高某虽没有自动投案，但归案后能如实供述自己的犯罪事实，依法可以从轻处罚。被告人王某犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，依法可以从轻或者减轻处罚。本案犯意的提出者是被告人高某，获得房屋产权及银行贷款和他人定金进行支配使用的也是被告人高某，在整个过程中起了主要作用，应认定为主犯；被告人王某在犯罪过程中起次要作用，应认定为从犯。吕某无偿取得被告人高某诈骗所得的房产，应当依法予以追缴。无锡市南长区人民法院依照2011年4月30日以前的《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十五条第一款、第二十六条第一、四款、第二十七条、第七十二条、第六十四条，《中华人民共和

国刑法》第六十七条第一款、第三款及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第一款第（四）项、第十条第一款第（二）项，《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条之规定，作出如下判决：

一、被告人高某犯诈骗罪，判处有期徒刑九年，并处罚金人民币20000元。

二、被告人王某犯诈骗罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币3000元。

三、追缴现登记于吕某名下的无锡市中桥二村96号103室房屋产权，发还被害人周某某、徐某某。

【法官后语】

本案提出了一个刑事审判实务中涉及法律适用的新问题，即不动产能否成为诈骗罪的犯罪对象？

对被告人高某、王某的行为定性，在侦查、审查起诉及审判过程中存在多种不同意的意见。如高某的行为构成诈骗罪、伪造事业单位印章罪、合同诈骗罪、贷款诈骗罪；被告人王某的构成诈骗罪、伪造事业单位印章罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪等等。其中最主要的争议在于是否构成诈骗罪。刑法第二百六十六条规定了诈骗公私财物，有意见认为“公私财物”是一个概括的定义，只要是有价值和使用价值的公私财物均可以成为诈骗犯罪对象，其范围包括一切公私财物，既可以是动产，也可以是不动产，既可以是有形物，也可以是无形物。另有意见认为诈骗罪的犯罪对象仅限于动产和有形之财物。理由是诈骗犯罪与其他财物犯罪一样是以非法占有为目的而占有公私财物的行为，因而“财物”应是以有形且其位置可移动并能使人持有、控制为前提条件。而不动产和无形物则不符合这些条件，因而不构成诈骗犯罪的对象。刑法理论界对于上述争议目前已有基本一致的意见，即认为有些财产犯罪的对象不包括不动产，如抢劫罪。有些财产犯罪的对象包括不动产，如诈骗罪，即行为人通过欺骗手段，实现对他人所有的不动产的事实上的占有，甚至以产权变更登记的形式实现“法律上”的占有。根据我国物权法的规定，不动产的变动采用登记原则。使用欺诈手段使被害人认识错误而变更登记，从而使被害人丧失对不动产的占有权乃至所有权，因而不动产可以成为诈骗罪的犯罪对象。

司法实践中，常见诈骗案件的对象绝大多数表现为动产，即财物从所有人的占有之下转移至诈骗者的实际占有之下，而骗取不动产的犯罪案件则比较鲜见。而从理论上讲，骗取不动产是可能的，我国刑法也并未将不动产排除在诈骗对象之外，"诈骗行为人的目的重在排除他人对其物的支配而移置于自己或者第三人的支配下，其行为的本质在于移转其物的支配，并不以移转其物或者变动其物之处所为必需"。

此外，关于本案的定性问题。我们认为，被告人高某、王某的行为均只构成诈骗罪。理由：被告人高某与周某某发生关系后取得周的信任，向周谎称有偿还能力并通过伪造公证书的方式将涉案房屋的所有权转移登记至高某的名下。被告人高某成为涉案房屋的所有权人后，其即完成了对涉案房屋的法律上的占有。根据物权法的规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力。涉案房屋所有权登记至高某名下，被告人高某成为法律意义上的所有权人，周某某等人也丧失了对自己房屋的所有权，高某的犯罪行为即告完成。

至于被告人高某在取得房屋登记后以涉案房屋为抵押物向银行申请贷款；又通过转让的方式将房屋转移至吕某名下，以吕某的名义向银行贷款后归高某使用；再以吕某的名义将涉案房屋出卖给董某，取得定金，这一系列行为均是被告人高某作为房屋所有权人行使对房屋除占有以外的使用、收益、处分的权利，是其对涉案房屋即赃物的处理，并不构成他罪。

编写人：江苏省无锡市南长区人民法院　周群

61

转化型抢劫罪的认定

——王某、张某某、杨某某盗窃、故意伤害案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

云南省昆明市中级人民法院（2012）昆刑少初字第4号刑事判决书

2. 案由：盗窃罪、故意伤害罪

【基本案情】

2011年8月4日18时许，被告人王某、张某某、杨某某伙同他人在昆明市官渡区和甸营村442号，由被告人杨某某负责望风，被告人王某将车主杨甲摆放在门口的电动车撬开，被告人张某某骑上电动车准备离开时被车主杨甲发现并抓住电动车尾杠，被告人张某某摔倒后，起身继续骑走电动车后进行销赃。经物价鉴定：城市恋人牌电动车在价格鉴定基准日的价格为人民币2710元。

2011年8月4日21时，被告人王某、张某某伙同他人到官渡区和甸营村15号，被告人王某撬开关盼锋的电动车锁时被李某发现并上前制止，被告人张某某用拳头殴打被害人李某，被告人王某用折叠刀连刺李某数刀后逃离现场。经法医鉴定：李某系被他人刺破颈总静脉及左肺所致的失血性休克死亡。

【案件焦点】

在第一起犯罪中逃跑，在第二起犯罪中将人杀伤。在第一起犯罪中，被告人的行为构成抢劫罪还是盗窃罪，在第二起犯罪中，被告人的行为构成抢劫罪还是故意伤害罪。

【法院裁判要旨】

《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条之规定，已满14周岁不满16周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。被告人王某、张某某盗窃他人财物，为抗拒抓捕当场使用暴力，故意伤害致人死亡，其行为均已构成故意伤害罪。公诉机关指控被告人王某、张某某犯故意伤害罪事实清楚，证据确实充分，予以确认。在致被害人死亡的故意伤害共同犯罪中，被告人王某是故意伤害致人死亡的实施者，是主犯，被告人张某某是从犯，应从轻或者减轻处罚。被告人王某、张某某犯罪时未满十八周岁，应从轻或者减轻处罚。被告人王某的父母亲积极赔偿4万元、被告人张某某的父母亲积极赔偿2万元经济损失给被害人亲属，可以酌情从轻处罚。

关于公诉机关指控被告人王某、张某某、杨某某犯抢劫罪，本院认为：被告人王某、张某某、杨某某主观上以盗窃电动车为目的，客观上实施了盗窃的行为。被告人张某某在实施盗窃行为时，被车主发现并拉住车后杠摔倒后，起身继续骑车逃离现场的行为，因被告人张某某在此过程中未当场对车主使用暴力或以暴力相威胁，故不构成抢劫罪，应当以盗窃罪定罪处罚。公诉机关指控罪名本院予以更正。被告人王某、张某某作案时已满十四周岁不满十六周岁，故被告人王某、张某某对本次犯罪行为不负刑事责任，被告人杨某某应以盗窃罪依法惩处。鉴于经被告人杨某某带领和指认，民警抓获被告人王某，被告人杨某某有立功情节，可以从轻或减轻处罚。

综上，被告人王某的辩护人所提辩护意见有事实及法律依据，予以采纳，决定对被告人王某从轻处罚。被告人张某某的辩护人所提“张某某构成抢劫罪，不应对致人死亡的结果承担责任”的辩护意见，与查明的事实不符且与法律规定相悖，不予采纳。被告人张某某的辩护人所提“张某某犯罪时未成年，系初犯、偶犯，归案后如实供述犯罪行为，认罪态度好，请求对张某某减轻处罚”的辩护意见有事实及法律依据，予以采纳，决定对被告人张某某减轻处罚。被告人杨某某的辩护人所提“对其适用缓刑或者免于刑事处罚”的辩护意见，根据被告人杨某某在本案中的犯罪行为及情节，不符合法律规定，不予采纳。被告人杨某某的辩护人所提其他辩护意见有事实及法律依据，本院予以采纳，在量刑时予以考虑。

昆明市中级区人民法院依照根据被告人王某、张某某、杨某某的犯罪事实、性质、情节、对社会的危害程度及认罪悔罪表现，依据《中华人民共和国刑法》第二百三十四条、第二百六十四条、第十七条、第二十五条、第二十六条、第二十七条、第六十八条之规定，判决：

一、被告人王某犯故意伤害罪，判处有期徒刑十四年。

二、被告人张某某犯故意伤害罪，判处有期徒刑九年。

三、被告人杨某某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年零二个月，并处罚金2000元。

【法官后语】

本案涉及两起犯罪事实，被告人均在盗窃过程中具有抗拒抓捕的行为，在第一起犯罪中逃跑，在第二起犯罪中将人杀伤，本案是典型的关于转化型抢劫罪认定的

案例。《刑法》第二百六十九条规定，“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、毁灭罪证或者抗拒抓捕而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照《刑法》第二百六十三条的规定定罪处罚”。从刑法理论上讲，本罪被称为转化型抢劫罪，转化型抢劫罪之所以是一类比较典型的犯罪，主要是因为本罪的典型性在于犯罪性质上已由盗窃、抢夺、诈骗转化为抢劫，即在犯罪性质上发生了质的改变，转化型抢劫罪与典型抢劫罪在构成条件上有很大的区别，它并不是严格意义上的抢劫罪，而是由法律特别规定为以抢劫罪论，转化型抢劫罪是危害严重、问题复杂、侵犯双重客体的暴力型犯罪，不仅是我国刑法所打击的重点，也是司法实践中经常遇到的难点。

1. 第一起犯罪定性是盗窃罪还是抢劫罪

转化型抢劫罪转化的关键在于是否具备转化型抢劫罪的客观条件。其中，当场使用暴力或者以暴力相威胁行为是转化抢劫发生转化的行为条件。另外，暴力、以暴力相威胁还必须是当场实施，这是转化的时空条件。本起犯罪的焦点问题是被告人被失主拉住电动车后的行为，是否具有转化型抢劫罪所要求的行为条件。

针对第一起犯罪事实，公诉机关认为，三被告人在盗窃电动车后，骑上电动车准备离开时时被车主杨甲发现并抓住电动车尾杠，被告人张某某骑车杨甲甩翻在地后骑走电动车，其行为符合转化型抢劫罪构成，构成抢劫罪。而本案法院经查证，根据被告人供述、失主报案材料、证人刘某、龙某某证言，证实被告人张某某在实施盗窃行为时，被车主发现并拉住车后，张某某倒地摔倒，后起身继续骑车逃离现场。根据查证事实，合议庭认为，王某行为的暴力程度并未达到转化型抢劫罪所要求的暴力程度，三被告人的行为不构成抢劫罪，仅构成盗窃罪。

学者们大多认为，转化型抢劫罪同典型抢劫罪有相同程度的危险性和反社会性，尽管暴力、胁迫与夺取财物的时间先后顺序有所不同，但本质相同，因此，暴力、胁迫的程度也应相同。但是，也有学者认为，本罪大多是在已经取得财物时实施暴力、胁迫手段，就能达到目的，因而，本罪的暴力、胁迫的程度可以轻于典型抢劫罪。可是，在现实生活中，行为人如果已被人发现而抓捕时，为了逃走总会实施一定的暴力行为，如果不论暴力程度轻重与否，一概以事后抢劫论罪，特别是在出现致人伤害的后果时，更要按法定刑很重的抢劫伤人定罪处罚，这就势必造成处罚过苛的不良后果。正因为如此，日本近来的判例对本罪的暴力程度有从严掌握的

倾向。合议庭认为，“转化型抢劫”毕竟不同于典型的抢劫罪，其作案动机和主观恶性相对较轻，而且使用暴力或者以暴力相威胁的目的主要是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，因此，对其实施的暴力程度应有所限制，暴力、威胁的程度，应当以抓捕人不敢或者不能抓捕为条件。如果没有伤害的意图，只是为了摆脱抓捕，而推推撞撞，可以不认为是使用暴力。本案王某被失主拉住电动车后，先是摔倒在地，后起身继续骑车逃离现场，王某的行为暴力程度并没有使失主不敢反抗或者不能抓捕，不应认定为抢劫罪，而应以盗窃罪定罪处罚。

2. 本案第二起犯罪定性应认定为抢劫罪还是故意伤害罪

对于已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施盗窃、抢夺、诈骗行为后，因被发现而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，是否适应刑法第二百六十九条之规定构成转化型抢劫，以抢劫罪论处，实践中有不同的认识。本案中，王某、张某某在盗窃过程中，被他人发现，后为抗拒抓捕，将被害人刺死，王某、张某某在犯罪时均已满十四周岁不满十六周岁。其行为应以抢劫罪论还是以故意伤害罪定，讨论过程中形成两种观点。

一种观点认为，本案王某、张某某的行为应构成抢劫罪。理由是：转化型抢劫之所以刑法规定以抢劫罪论处，是因为转化型抢劫的犯罪构成与抢劫罪的犯罪构成是基本一致的，其侵犯了相同的客体，即公私财产所有权与公民的人身权利。其客观方面实施了当场使用暴力或者以暴力相威胁的行为（转化型抢劫一般还有盗窃、抢夺、诈骗的先行为）；其主观上均为故意，并以非法占有公私财物为目的（转化型抢劫一般还有企图逃避法律制裁的目的）；其主体也都应是一般主体，即已满 14 周岁并具有刑事责任能力的自然人，王某、张某某已满十四周岁，应当以抢劫罪定罪。

另一观点认为，王某、张某某的行为构成故意伤害罪。理由是：已满 14 周岁不满 16 周岁的人属于相对负刑事责任年龄人，其盗窃、抢夺、诈骗行为无论是否达到“数额较大”的标准，都不承担刑事责任，其行为不存在刑法第二百六十九条所要求的转化为抢劫罪的前提条件。

合议庭最终意见同意第二种观点，因为依据罪刑法定原则，刑法第二百六十九规定的转化型抢劫犯罪前提条件中规定的“盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪”的犯罪主体应当是已满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人，那么要构成转化型抢劫犯罪的主体也应当是已满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人。且根据《最高人民法院关于

审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条规定：已满14周岁不满16周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。证实我国应当是认为已满14周岁，不满18周岁的未成年人，不构成转化型抢劫罪。本案两被告人由于未满16周岁，依法均不构成抢劫罪，其将被害人杀伤的行为仅构成故意伤害罪。

编写人：云南省昆明市中级人民法院　杨帆

九、妨害社会管理秩序罪

62

非法获取公民个人信息罪情节严重的认定

——上海罗维邓白氏营销服务有限公司非法获取公民个人信息案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市闸北区人民法院（2012）闸刑初字第997号刑事判决书

2. 案由：非法获取公民个人信息罪

【基本案情】

2010年3月起，被告单位罗维邓白氏公司通过与上海桑莱夫信息科技有限公司、上海泽日信息科技有限公司、旭友商务咨询（上海）有限公司等十余家公司签订“信息数据采购合同”或者“商业资讯咨询顾问合同”，向上述公司购买包括手机号码、电子邮箱、家庭住址、银行账户、消费记录、婴幼儿情况等各类涉及公民个人的相关信息，用于该公司为其他公司企业提供的营销推广等服务。

另，2010年11月至2011年11月期间，该公司以约250万元（以下币种均为人民币）的价格，向其他公司购买各类公民个人信息，总数超过9千余万条。被告人崔某某于2011年7月起担任罗维邓白氏公司总经理，对公司各部门总体负责。被告人李某、王某于2011年3月、7月被先后被任命为罗维邓白氏公司数据和运营总监、高级数据经理，在任期间两人均可签署个人信息采购合同并在预算内拨付购买个人信息的款项，其中就个人信息采购李某需同时向美国邓白氏商业资料（香

港）有限公司大中华区数据和运营总监袁某某、崔某某汇报负责，王某则需同时向袁某某、崔某某、李某汇报负责。个人信息采购的具体工作均由数据部数据采集职员被告人孙某某执行。2011年9月，被告人孙某某、王某向李某、袁某某、崔某某等人提出购买公民个人信息是否合法的问题，但是罗维邓白氏公司及上述被告人在律师明确告知该项业务有触犯刑法可能性的情况下，仍然以变更合同名称的方式继续从事上述业务，直至2012年初才停止。

2012年3月15日，被告人李某、王某、孙某某在本市黄浦区北京东路668号科披京城东楼11楼罗维邓白氏公司内被公安人员抓获。同年3月16日，被告人崔某某在本市黄浦区九江路555号王宝和大酒店客房内被抓获。同日，被告人崔某某配合公安机关电话通知同案犯袁某某至王宝和大酒店客房接受公安调查处理。

被告单位罗维邓白氏公司及被告人崔某某、李某、王某、孙某某在庭审中不持异议。被告人崔某某、李某、王某的辩护人认为上述三名被告人上任参与犯罪的时间并不完全涵盖在公诉机关指控罗维邓白氏公司非法获取公民个人信息9千余万条的期间（2010年11月至2011年11月）内，故在量刑时应予以相应体现；被告人王某、孙某某的辩护人认为上述两名被告人曾向上级领导提出购买公民个人信息是否合法的问题，最终使得该违法行为至2012年初停止，且两人在单位犯罪中，职位较低、作用相对较轻，量刑时应予以考虑；被告人崔某某到案后，能配合公安机关电话联系同案犯投案，有立功表现，依法可从轻处罚。

【案件焦点】

非法获取公民个人信息罪情节严重如何认定。

【法院裁判要旨】

上海市闸北区人民法院认为：被告单位罗维邓白氏公司以购买的方式非法获取公民个人信息，情节严重，其行为已构成非法获取公民个人信息罪，被告人崔某某、李某、王某、孙某某分别作为被告单位直接负责的主管人员及直接责任人员，其行为亦均构成非法获取公民个人信息罪，依法应予惩处。公诉机关指控被告单位罗维邓白氏公司及被告人崔某某、李某、王某、孙某某非法获取公民个人信息的犯罪事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立，应予支持。关于被告人李某的辩护人认为李某有自首情节的辩护意见，根据公安机关工作情况等证据证实，李某系

公安人员至被告单位罗维邓白氏公司调查取证时作为犯罪嫌疑人被抓获，其到案后能如实供述相关犯罪事实，系坦白，故该辩护意见本院不予采纳。关于被告人崔某某、李某、王某的辩护人认为上述三名被告人上任参与犯罪的时间并不完全涵盖在公诉机关指控罗维邓白氏公司非法获取公民个人信息9千余万条的期间（2010年11月至2011年11月）内，故在量刑时应予以相应体现的辩护意见，与查证事实相符，本院予以采纳。关于被告人王某、孙某某的辩护人认为上述两名被告人曾向上级领导提出购买公民个人信息是否合法的问题，最终使得该违法行为至2012年初停止，且两人在单位犯罪中，职位较低、作用相对较轻，量刑时应予以考虑的辩护意见，与查证事实相符，本院予以采纳。关于被告人崔某某的辩护人认为被告人崔某某到案后，能配合公安机关电话联系同案犯投案，有立功表现，依法可从轻处罚的辩护意见，与查证事实相符，本院予以采纳。鉴于被告人崔某某、李某、王某、孙某某到案后均如实供述自己的罪行，故对被告单位罗维邓白氏公司及被告人崔某某、李某、王某、孙某某均可从轻处罚。另鉴于被告单位罗维邓白氏公司及被告人崔某某、李某、王某、孙某某到案后均有一定悔罪表现，亦可酌情从轻处罚，采纳被告单位罗维邓白氏公司及被告人崔某某、李某、王某、孙某某的辩护人根据上述情节提出的相关辩护意见。

综上，闸北法院依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第二百五十三条、第三十条、第三十一条、第六十七条第三款、第六十八条和第六十四条之规定，判决如下：

一、被告单位上海罗维邓白氏营销服务有限公司犯非法获取公民个人信息罪，判处罚金人民币1000000元。

二、被告人崔某某犯非法获取公民个人信息罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币20000元。

三、被告人李某犯非法获取公民个人信息罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币20000元。

四、被告人王某犯非法获取公民个人信息罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币5000元。

五、被告人孙某某犯非法获取公民个人信息罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币10000元。

六、违法所得予以追缴没收，作案工具予以没收。

【法官后语】

本案系央视“3.15”晚会上予以曝光上海罗维邓白氏公司收售大量公民个人事件引发，媒体曝光的次日，公安机关便查处上海罗维邓白氏营销服务有限公司的总部，扣押了涉案信息近一亿条，并对先关责任人员采取了强制措施，本案是非法获取公民个人信息罪自2009年新增以来全国范围内罕见的一起特大案件。体现了我国对公民个人信息保护的日益加强与重视，该案引发社会各界广泛关注。但闸北区法院的刑事法官受理该案后，也发现由于该罪系09年刑法修正案七新增条款，故纵观本市乃至全国范围内的相关判例较少，且本条要求“情节严重”才能定罪处罚，但目前为止，对“情节严重”的认定尚无明确的司法解释，结合目前不多的司法判例来看从，从几条信息就定罪处罚到数百万条、上亿条信息定罪处罚均有，但由于本罪最高刑为有期徒刑三年，故如何体现宽严相济是本案的难点。

承办法官经审理后，在查清本案的犯罪事实基础上，结合相关法理、司法实践经验后认为，“情节严重”要全面理解，绝不能片面仅以涉案信息数量多少来衡量，而要从以下几方面综合考虑：

1. 涉案信息的数量、性质。公民个人信息的数量多少自然是衡量是否构成情节严重的主要标准之一，但笔者认为，数量还是要和涉案信息的性质结合起来看。参考国外，有将公民个人信息区分为可公开（如姓名），半公开（按个人意愿，如电话号码、电邮信箱、住址）、不公开（个人隐私，如家庭财产状况），我国目前虽无这样的分级制度，但可以作一定的借鉴，对不同性质公民个人信息的数量要求予以区分，体现宽严相济。

2. 利用目的：系对非法获取、或提供个人信息者的主观恶性进行甄别，通过司法实践，目前该类案件的被告人主要为以下几种：A. 倒卖型，此类人（或单位）通过公民个人信息的买卖予以牟利；B. 商业自用型，主要购入相关公民个人信息（主要是消费群体的电话、地址）然后用于自己的商业推广，广告发送等；C. 犯罪自用型，即为其他违法犯罪目的，购入相应的公民个人信息（如公民的银行账户、身份证号码、手机号码）。笔者认为，对B类被告人，特别是初犯偶犯的，没有照成严重后果的，应放宽入罪的起点，并予以从轻处罚，对情节较轻的可建立相应的行政处罚予以规范制裁。对A类被告人应依法处理。对C类被告人应从严处理，构成其他犯罪的，择一重处。

3. 是否直接或间接造成危害后果或社会不良影响等因素。如之前同样是闸北

法院审理的一起“高考零分状元”朱凯华案涉案的信息仅数千条，但涉及的是公民较为隐私的银行账户信息；该些信息从银行内部流出后，经网络黑中介转卖，最终流入朱凯华手中，其通过掌握的上述信息中的被害人身份信息结合银行账号，猜出密码，致使十余名被害人的数百万钱款被盗刷，造成了严重的后果及社会危害性。故该案中出售公民银行信息的四名银行工作人员及在网络上倒卖该批信息的六名黑中介均以非法获取、出售公民个人信息被定罪处罚。

综上，本案中涉案的公民个人信息虽有上亿条，但主要类型为各类消费人群的私人手机号码，获取的信息主要用于各类商业营销推广，尚未直接导致其他严重危害后果的发生。但被告单位上海罗维邓白氏公司作为一家知名咨询企业，且在有专业法律顾问明确给出法律风险建议的情况下，仍无视国家法律，仅在一年时间就收购近一亿条各类公民个人信息，故完全符合情节严重的标准。为加强公民个人信息的保护，有效遏制此类行为的泛滥，闸北法院还是给予被告单位罚金人民币一百万元，相关责任人员有期徒刑一年至二年的刑罚。为经后处理该类案件及出台相应的司法解释提供了较好的借鉴。

编写人：上海市闸北区人民法院　陶琛怡

63

因选举矛盾引发的斗殴应定为故意伤害罪还是聚众斗殴罪

——宋某某、张某某聚众斗殴案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省宁德市南屏县人民法院（2012）屏刑初字第51号刑事判决书

2. 案由：聚众斗殴罪

【基本案情】

2009年8月21日，被告人张某某纠集张甲、张乙、蔡甲等社会青年到屏南县

双溪镇北村村为其亲属陆某某参选村民主任“助选”。当日上午，被告人宋某某来到北村村投票点北村小学门口，时至中午，被告人张某某见前来投票的北村选民极少，遂认为宋某某在阻挠选民到校内投票点投票，便纠集在场的多名男青年将宋某某拉至校门口右上方围住。

当日中午13时许，宋甲到北村寻找其父亲宋某某回家吃饭，见宋某某被人围困，遂打电话通知其亲属宋乙、宋丙等人。宋丙得知此事后，用纤维袋装上刀具与宋乙等人乘摩托车赶到北村，宋丁、宋戊等人亦赶往北村。此时，被告人张某某看到宋丙等人携有内装刀具的纤维袋后，即率张乙、张甲等多名男青年上前争抢纤维袋，并与宋丙、宋丁等人在北村学校门口互殴，殴打过程中，被告人张某某将宋丁打伤，被告人宋某某见双方扭打后从旁边拾来木棍参与斗殴，后见其弟宋丁受伤，则认为当时在场的张一是陆某某一方的，便伙同宋丙等人持械将张一殴打致伤。经鉴定，宋丁右股转子下骨折，伤情属轻伤；张一肺挫伤伴胸腔积液，右侧胫骨平台骨折，右侧膝关节功能障碍，伤情属轻伤（偏重）。

2009年8月21日，被告人宋某某经屏南县公安局双溪派出所民警口头传唤至双溪派出所接受调查。9月7日，屏南县公安局将该案立案后，被告人宋某某于2010年3月24日接到双溪派出所民警电话通知后主动到案。2010年3月21日，被告人张某某在屏南县城关祥辉大酒店门口被屏南县公安局城关派出所民警抓获归案。

2012年5月19日，被告人宋某某、张某某分别与被害人张一、宋丁达成调解协议，双方协商一致，同意宋丁和张一的经济损失互相抵扣后，张某某一方另行补偿人民币26000元给被害人宋丁，并互相取得对方谅解，二被害人分别请求对对方从轻处罚并适用缓刑。

【案件焦点】

本案应定性为故意伤害罪还是聚众斗殴罪。

【法院裁判要旨】

屏南县人民法院认为，被告人宋某某积极参与持械斗殴，致一人轻伤，被告人张某某积极参与聚众斗殴，致一人轻伤，二被告人的行为均已构成聚众斗殴罪。公诉机关指控的罪名成立，予以支持。关于辩护人提出的二被告人行为不构成聚众斗

殴罪的辩护意见不能成立，不予采纳。被告人宋某某在未被采取强制措施的情况下经公安机关传唤到案，可视为自动投案，且系初犯、偶犯，积极赔偿了被害人的经济损失，取得被害人的谅解，依法可予以从轻处罚。被告人张某某归案后如实供述自己的犯罪事实，系坦白，且积极赔偿了被害人的经济损失，取得被害人的谅解，有悔罪表现，可予以从轻处罚。被告人张某某在取保候审期间仍从事违法行为，且有前科劣迹，不具有社区矫正的条件，因而不能适用缓刑。屏南县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百九十二条第一款第（四）项、第二百九十二条第一款、第十二条、第六十七条第三款以及《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第四条之规定，判决如下：

一、被告人宋某某犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑三年。

二、被告人张某某犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑七个月。

【法官后语】

本案的争议焦点在于犯罪人宋某某行为之定性。存在两种不同意见：

辩护人认为，本案中宋某某等人参与斗殴，属于“群众中因民事纠纷而互相斗殴或者结伙械斗”的情形，不应认定为聚众斗殴罪，应以故意伤害罪追究其刑事责任。理由主要有：聚众斗殴罪本罪在主观方面是故意，其犯罪动机是对人们根据法律和社会公德所确立的公共生活规则、社会正常状态给予高度蔑视，寻求精神刺激、填补精神空虚。而本案中宋某某不具有流氓活动的动机、目的，而是由于种种利益冲突，情绪失控导致了殴斗，属于因民事纠纷而发生的一般斗殴或者结伙械斗，不构成本罪，应认定为故意伤害罪。

法院经审理认为，宋某某之行为已构成聚众斗殴罪。理由如下：

1. 从本罪的主体方面来看，本罪追究的是在聚众斗殴中的首要分子和积极参与者，本案中犯罪嫌疑人宋某某其在双方互殴时在现场寻找木棍参与互殴，虽其辩称自己找到木棍意图参与斗殴时双方人员已经散开，但其行为积极主动，因此，现有证据虽不能证实其有组织、策划聚众之行为，但其积极参与斗殴，应认定其系本罪的积极参与者。

2. 从本罪的客体要件来看，宋某某等人之行为不仅侵犯了被害人张一的人身权利，同时其在选举现场北村小学的械斗行为，严重扰乱了社会公共秩序，并在实

质上破坏了当日选举的进程。如果只认定其构成故意伤害罪，则无疑忽视了其对社会公共秩序的侵害。

3. 从本罪的主观方面看，宋某某一方具有争强斗狠、公然藐视国家法纪和社会公德的心理状态。本案虽系因双方选举矛盾，宋某某被对方围住引发，但宋丙在得知此事后，主动携带装有器械的纤维袋与宋丁等人乘车赶来，由此得知宋丙等人已对互殴有充分认识并做了准备，而值得注意的是当日正是北村村民主任选举日，虽然现有证据不能证实宋丙等人具有破坏选举之故意，但在选举现场斗殴无疑侵犯了社会公共秩序，其藐视社会公德、法纪主观目的显而易见，本案嫌疑人宋某某在双方发生互殴后，视法纪、公德于无物，积极持械参与斗殴，而宋某某一方人员参与殴打被害人张一，明显是出于报复泄恨。因此，宋某某在主观方面符合本罪构成。

4. 从本罪的客观方面来看，本罪客观方面表现为纠集众人结伙斗殴的行为，本案中宋某某一方人员出于私仇公然结伙斗殴，宋某某积极参与持械聚众斗殴，期间殴打张一致伤，符合本罪客观方面要求。

综上所述，应认定犯罪人宋某某、张某某的行为构成聚众斗殴罪。

编写人：福建省宁德市屏南县人民法院　李慧婷

64

寻衅滋事罪的认定

——黄某某寻衅滋事案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省怀化市中方县人民法院（2012）方刑初字第106号刑事判决书

2. 案由：寻衅滋事罪

【基本案情】

被告人黄某某因对他人砸烂中方县丁家乡开设的捕鱼游戏机一事被牵扯其中而

心存怨恨。2012 年 5 月 15 日 19 时许，被告人黄某某纠集被告人张某、谭甲、谭乙（均另案处理）等人携带砍刀、钢管窜至中方县丁家乡街上杨某、杨甲开设的游戏机室，不听劝阻，对游戏机室内二台捕鱼游戏机的显示屏进行打砸。经估价鉴定，被损坏的捕鱼游戏机的显示屏价值人民币 7000 元。

【案件焦点】

在公共场所故意毁坏公私财物，扰乱了公共秩序，虽以毁坏财物为表象，但其主观目的是无事生非，破坏社会管理秩序，由主客观相一致原则而得出应以寻衅滋事罪论处。

【法院裁判要旨】

湖南省怀化市中方县人民法院经审理认为：被告人黄某某纠集他人任意损毁他人财物，情节严重，其行为已构成寻衅滋事罪。中方县人民检察院指控被告人黄某某犯寻衅滋事罪的事实清楚，证据充分，指控罪名成立。在共同犯罪中，被告人黄某某起主要作用，系主犯。被告人黄某某归案后如实供述其犯罪事实，依法对其从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百九十三条第一款第（三）项、第二十五条第一款、第二十六条第一、四款、第六十七条第三款，《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》第九条之规定，判决如下：

被告人黄某某犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑七个月。

【法官后语】

故意毁坏财物罪，是指故意毁灭或者损坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为，也即是指故意地、非法地毁灭或者损坏公共财物或者公民私人所有的财物，使某项财物价值或者使用价值完全丧失或者部分丧失的行为。寻衅滋事罪，是指肆意挑衅，随意殴打，骚扰他人或者任意损毁、占用公私财物，或者在公共场所起哄闹事，严重破坏社会秩序的行为。新刑法典第二百九十三条规定的寻衅滋事罪的主要表现形式为随意殴打他人，追逐、拦截、辱骂他人，强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的行为。在寻衅滋事罪中损毁公私财物是司空见惯的，但寻衅滋事罪是一种性质恶劣、危害广泛、严重破坏公共秩序的犯罪，它与故

意毁坏财物罪有着本质的不同。具体而言，故意毁坏财物罪与寻衅滋事罪中的故意损毁公私财物行为的主要区别是：1. 侵害的客体不同。故意毁坏财物罪侵犯的客体只限于公私财物的所有权，而寻衅滋事罪侵害的客体是公共秩序。这里的公共秩序是根据法律和社会公德确立的公共生活规则所维持的社会正常秩序，包括公共场所秩序和非公共场所秩序。在本案当中被告人黄某某肆意损坏被害人经营的游戏室游戏机，游戏室显然是公共场所，被告人的损坏行为严重影响公共场所秩序，符合寻衅滋事罪的构成要件。2. 主观方面的表现不同。寻衅滋事罪主观上是为了无事生非、起哄闹事、逞强好胜；而故意毁坏财物罪主观上有损坏他人财产的目的。前者虽然也有损坏他人财产的目的，但只是为了通过损坏他人财产来达到自己要威风、破坏秩序的最终目的；而后者也有可能出于报复、泄愤，但其最终目的是为了损坏他人财物。结合本案，可以看出被告人黄某某因心存怨恨而破坏被害人财物，其最终目的是报复、泄愤，影响破坏被害人生产经营秩序。3. 客观方面的表现不同。最高人民法院和最高人民检察院于1984年11月2日发出的《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》中指出："任意毁坏公私财物"，是寻衅滋事流氓行为的表现之一。本案就是以任意毁坏公私财物为表现影响公共场所秩序的典型。因此本案应以寻衅滋事罪定罪，而非故意毁坏财物罪。

编写人：湖南省怀化市中方县人民法院　王先勤　潘芳

65

以"软暴力"手段抢走他人财物是构成抢劫还是寻衅滋事

——柯某寻衅滋事案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省大冶市人民法院（2012）鄂大冶刑初字第00308号刑事判决书

2. 案由：寻衅滋事罪

【基本案情】

2006年12月31日，吴某某与黄某某、邵某某三人共同出资45万元从罗某某处购买罗正甫选厂，由吴某某占选厂52%的股份，黄某某与邵某某占选厂48%的股份，吴某某与被告人柯某口头协议各占52%股份的一半。2007年元月份，由被告人柯某经营管理罗正甫选厂，同年5月份，因柯某经营不善，吴某某让其停止经营管理罗正甫选厂，由邵某某继续经营管理该选厂。在邵某某经营管理该选厂期间，拖欠选厂人工工资、水电费等费用10万余元，该费用由柯某某等人先行垫付。2008年4月16日，吴某某与黄某某等人商量，将罗正甫选厂的全部设备抵押给柯某某等人以偿还该厂拖欠的债务。2009年5月8日18时许，被告人柯某以柯某某不该将罗正甫选厂的设备变卖为由伙同他人窜至大冶市金山店镇梅山二选厂，拖走该选厂租用柯某某的一辆LG850型龙工牌铲车。经鉴定，该铲车价值人民币195452元。

案发后，被告人柯某经黄石市精神病医院司法鉴定所鉴定为：精神活性物质所致精神病障碍，精神活性物质所致迟发性精神障碍；不能排除案发时存在实质性辨认能力削弱的可能性。本案在审理过程中，被告人柯某以鉴定程序违法为由向本院申请重新鉴定，经湖北省7人民医院法医精神病司法鉴定所重新鉴定，柯某为精神活性物质所致精神障碍，限制刑事责任能力。

【案件焦点】

被告人柯某等人采取“软暴力”手段抢走他人财产的行为是否构成抢劫。

【法院裁判要旨】

大冶市人民法院经审理认为：公诉机关指控被告人柯某强行拖走柯某某铲车涉嫌抢劫犯罪；在该起事实中，被告人柯某的行为虽具有一定强制性，但使用暴力程度不明显，与抢劫罪的构成要件不符；被告人柯某无视社会公德，伙同他人强拿硬要公然夺走第三人的铲车，其行为符合寻衅滋事罪的构成要件，应当以寻衅滋事罪定罪量刑。鉴于被告人柯某作案时系限制刑事责任能力人，可从轻或减轻处罚。被告人柯某归案后能如实供述自己的罪行，可从轻处罚。

大冶市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百九十三条第一款（三）项、第十八条第三款、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

被告人柯某犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑四年一个月。

大冶市人民法院对该案判决后，被告人柯某在法定期限内未提出上诉，公诉机关大冶市人民检察院亦未提出抗诉，该判决已经生效。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对抢劫罪“暴力、胁迫”手段的理解。我国《刑法》第二百六十三条对“暴力、胁迫”手段未作出明确规定，但最高人民法院于2005年颁布的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》中有规定。所谓“暴力”手段是指：对被害人的身体施以打击或强制，排除被害人的反抗，进而劫取财物的行为。暴力的实施具有当场性，即必须在取得他人财物的当场实施。虽然使用了暴力但不是当场获取财物，或者是在劫取财物之后又出于其他动机使用暴力，则都不属于暴力，构成犯罪时应以他罪论处；而“胁迫”手段是指：对被害人以当场实施暴力相威胁，进行精神强制，从而使其产生恐惧而不敢反抗，以劫取财物的行为。与一般犯罪行为的胁迫不同的是，抢劫罪的胁迫内容是当场对被害人施以暴力，给被害人施加精神压力与强制，使其产生恐惧而不敢反抗。胁迫可以是使用语言，也可以是通过动作，还可以是利用动物或者利用特定的危险环境进行胁迫。抢劫罪的胁迫必须是当场向被害人发出，不能是通过书信或者他人转告的方式让被害人得知。但是，胁迫之暴力指向，不一定是被害人本人，也可以是指向被害人的女儿、父母、妻子等亲属，但这些人同样都是必须具有被暴力当场打击的可能性。另外，行为人取得财物还必须是在胁迫的当场。否则，不是抢劫罪的胁迫。

具体到本案中，公诉机关与一审法院对被告人柯某的行为定性出现分歧，其主要原因即在于对“暴力、胁迫”手段的不同理解。公诉机关认为被告人柯某声称铲车车主与其有债务纠纷，其将铲车拖走是为了抵账，让选厂工人不要阻拦他们的行为，柯某并派人跟踪选厂工人行动，以防止他们打电话的行为。构成了抢劫罪中的“暴力”手段，故应由被告人柯某承担相应的法律后果。但大冶市人民法院认为被告人柯某的“软暴力”手段并未严重侵犯他人人身权利，也未对他人的精神进行强制，案发后，被告人柯某等人还与选厂工人在该厂共食晚餐，其行为符合寻衅滋事罪中的“强拿硬要”手段，被告人柯某无视社会公德，伙同他人强拿硬

要公然夺走第三人的铲车，其行为符合寻衅滋事罪的构成要件，应当以寻衅滋事罪定罪量刑。

编写人：湖北省大冶市人民法院　熊振

66

组织出卖人体器官罪既未遂及情节严重的认定标准

——王某等组织出卖人体器官案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省泰兴市泰兴市人民法院（2012）泰刑初字第0352号刑事判决书

2. 案由：组织出卖人体器官罪

【基本案情】

2011年9月至2012年2月期间，被告人王某纠集被告人刘某、孙某某、李某某至泰兴市黄桥镇等地，组织他人出卖活体肾脏。被告人刘某、孙某某主要利用互联网发布收购肾源广告以招揽供体，被告人李某某主要负责收取供体的手机和身份证、管理供体、为供体提供食宿、安排供体体检及抽取配型血样等，被告人王某主要负责联系受体中介将活体肾脏卖出。四名被告人先后组织朱某某、徐某、钟某某、杨某某等多名供体出卖活体肾脏，其中朱某某由被告人刘某招揽至泰兴市黄桥镇，后朱某某离开，后经被告人王某介绍自行去医院做肾脏移植手术，得款3.5万元人民币。徐某在被告人孙某某招揽及被告人王某安排下，于2011年12月在印度尼西亚雅加达一医院实施了肾脏移植手术，徐某得款37万日元及0.1万元人民币，被告人王某从中得款3.8万元人民币，此款已用于圈养供体。钟某某、杨某某被圈养直至案发。经鉴定，朱某某左侧肾脏缺失，构成重伤。

归案后，被告人刘某、孙某某、李某某如实供述了全部犯罪事实。

【案件焦点】

四被告人是否构成组织出卖人体器官罪的既遂以及是否属于情节严重。

【法院裁判要旨】

泰兴市人民法院认为，被告人王某、刘某、孙某某、李某某组织多人出卖人体器官，情节严重，其行为均已构成组织出卖人体器官罪，且系共同犯罪，依法应分别予以惩处。

泰兴市人民检察院指控被告人王某、刘某、孙某某、李某某犯组织出卖人体器官罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立，本院予以支持；泰兴市人民检察院对四名被告人组织多人出卖人体器官的行为未认定为情节严重，且对四名被告人在共同犯罪中的作用未区分主、从犯，显属不当。

被告人王某在共同犯罪中起主要作用，是主犯，依法应当按照其所参与的全部犯罪处罚；被告人王某当庭认罪，可以酌情从轻处罚；被告人王某有劣迹，可以酌情从重处罚。被告人刘某、孙某某、李某某在共同犯罪中起次要作用，均是从犯，依法均应当减轻处罚；被告人刘某、孙某某、李某某归案后均如实供述全部犯罪事实，依法均可以从轻处罚；其中被告人李某某主动缴纳财产刑保证金，亦可以酌情从轻处罚。

泰兴市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第一款、第二十五条第一款、第二十六条第一、四款、第二十七条、第六十七条第三款、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人王某犯组织出卖人体器官罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币40000元。

二、被告人刘某犯组织出卖人体器官罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币25000元。

三、被告人孙某某犯组织出卖人体器官罪，判处有期徒刑二年十个月，并处罚金人民币22000元。

四、被告人李某某犯组织出卖人体器官罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币20000元。

五、被告人王某、刘某、孙某某、李某某组织出卖人体器官的违法所得人民币38000元，予以追缴，没收上缴国库。

【法官后语】

1. 组织出卖人体器官罪不以人体器官的实际摘取作为既遂的认定标准

为依法打击非法买卖、摘取人体器官犯罪，规范人体器官移植活动，切实保障公民的人身权和健康权，刑法修正案八新增的刑法第二百三十四条之一针对该类犯罪作出较为全面的规定，其中，对于组织出卖人体器官的行为专设组织出卖人体器官罪加以惩处。由于该罪立法上采用了简单罪状的表述方式，实践中对于该罪名既未遂的理解存在一定争议。一种观点认为，该罪应以损害结果的发生，即实际摘除出卖者的身体器官作为认定既遂的标准。理由在于，组织出卖人体器官罪侵害的主要客体是公民的人身权和健康权，因此该罪被列入侵犯公民人身权利、民主权利罪一章。只有当器官出卖者的身体器官被实际摘除，其人身健康权利受到具体侵害时，才能成立犯罪既遂。因此，本案四名被告人先后组织多名器官出卖人出卖活体肾脏，其中部分供体被实际摘除肾脏，并进行了器官移植手术，应认定为犯罪既遂，另有部分供体尚在血型配对中，或因配对不成而离开，对此部分犯罪应作犯罪未遂认定，并在量刑中予以体现。另一种观点认为，该罪名规定的是行为犯，行为人只要实施了组织他人出卖人体器官的行为，即可构成本罪，而不应以损害结果的发生作为既遂标准。

笔者同意第二种观点，主要理由如下：一是从法条语义上看，刑法法条对该罪罪状的描述为组织他人出卖人体器官，即行为人基于出卖人体器官的目的，通过领导、策划、控制等手段组织他人出卖人体器官即已满足了该罪的构成要件。在组织出卖人体器官罪没有对结果提出特别要求的情况下，不能人为的添加要素。从立法目的上看，组织出卖人体器官罪的设定旨在打击人体器官非法买卖的中间环节。组织中介行为的存在，使原本分散的、零星的出卖人体器官行为，变为群体性、规模化的出卖人体器官行为，这一营利链条的存在容易诱使、鼓励处于经济困境的人作出违反法律和道德的决定，以牺牲自身健康为代价寻求摆脱一时的困境，不仅有损人身健康和权利，也有违公序良俗和人道尊严。因此，组织行为本身就会对法益造成严重威胁，以组织行为的成就作为既遂的标准符合立法预期。三是从犯罪预防的角度看，刑法对组织出卖人体器官罪设置的基本刑格为五年以下有期徒刑，立法者希望通过对该罪配置较重的刑罚以达到从重惩处此类犯罪的目的。如果以实际造成人体损害结果作为既遂标准，则多数组织出卖人体器官行为可能仅会在基本刑格的

中间线以下量刑，甚至因某些法定情由不予追究，这与组织出卖人体器官罪本身的社会危害性以及当前打击此类犯罪的严峻形势不相适应。四是从司法实践的现状看，此类犯罪一般具有分工细化和作案隐蔽等特点，加之受害人具有自愿性，对案件侦破和审判认定造成很大阻碍。本案中，被告人王某等人实际供述的组织出卖器官人数远多于检察机关的指控，因部分出卖器官者下落不明，最终无法确认实际器官摘取数量。因此，如果坚持以器官是否被摘取作为既未遂的标准，只会刺激不法分子大肆作案，不能形成有效的震慑效果。

2. 本案是否属于组织出卖人体器官情节严重的情形

刑法第二百三十四条之一规定“组织出卖人体器官的，情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”作为加重刑罚条件的“情节严重”，既可以是某一特定情节，也可以是某一特定结果，还可以是某几方面特定情节或结果的结合，旨在对危害严重的行为设定更为严厉的惩处标准。就组织出卖人体器官罪而言，虽法律尚未明确规定“情节严重”的内容，但参照类似罪名已有的规定以及司法实践，可以将组织多人出卖人体器官，多次组织他人出卖人体器官，组织他人出卖人体器官非法获利数额巨大，组织他人出卖人体器官造成重伤、死亡等严重后果，组织他人出卖人体器官造成恶劣的社会影响等等。本案中，各被告人在长达半年多的时间内，通过网络先后招徕、组织多人出卖人体器官，形成了分工明确的犯罪团伙；其中有两名出卖者实际实施了器官移植手术，一人经鉴定为重伤；该犯罪组织甚至将触角从省内延伸到境外，造成恶劣的影响，据此可以认定被告人王某等人属组织出卖人体器官情节严重。

编写人：江苏省泰州市中级人民法院　周军生

67

吸毒者购买毒品及接货行为的定性问题

——黄某、谭某、庞某、毕某贩卖、运输毒品案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖北省宜昌市中级人民法院（2012）鄂宜昌中刑终字第00189号刑事裁定书

2. 案由：贩卖、运输毒品罪

【基本案情】

（1）2010年10月5日，被告人谭某与被告人黄某电话联系购买毒品，并以银行汇款的方式支付购毒款1500元，黄某收到毒品款后，采取长途客车托运的方式将毒品甲基苯丙胺3克从宜昌市运输到淄博市，谭某在淄博市接货后自己吸食，黄某贩卖毒品获利600余元。

（2）2010年10月30日，被告人黄某以同样方式收取毒资2500元，贩卖毒品甲基苯丙胺5克给被告人谭某，谭某在淄博市接货后自己吸食，黄某贩卖毒品获利1000余元。

（3）2010年11月10日，被告人黄某以同样方式收取毒资1900元，贩卖毒品甲基苯丙胺5克给被告人谭某，谭某在淄博市接货后自己吸食，黄某贩卖毒品获利500余元。

（4）2010年11月28日，被告人黄某以同样方式收取毒资2000元，贩卖毒品甲基苯丙胺4克给被告人谭某，谭某在淄博市接货后自己吸食，黄某贩卖毒品获利600余元。

（5）2011年3月3日，被告人黄某以同样方式收取毒资3000元，贩卖毒品甲基苯丙胺5克给被告人谭某，谭某在淄博市接货后自己吸食，黄某贩卖毒品获利1000余元。

（6）2011年3月14日，被告人黄某以同样方式收取毒资2900元，贩卖毒品甲基苯丙胺6克给被告人谭某，谭某在淄博市接货后自己吸食，黄某贩卖毒品获利800余元。

（7）2011年4月7日，被告人黄某以同样方式收取毒资4000元，贩卖毒品甲基苯丙胺8克给被告人谭某，谭某在淄博市接货后自己吸食，黄某贩卖毒品获利2000余元。

（8）2011年4月17日，被告人黄某以同样方式收取毒资4000元，贩卖毒品甲基苯丙胺8克给被告人谭某，谭某在淄博市接货后自己吸食，黄某贩卖毒品获利1200余元。

（9）2011年4月23日，被告人谭某受其表叔孙某委托从被告人黄某以6400元价格，以同样的方式购买毒品甲基苯丙胺13克，孙某分给谭某少量吸食，其余被孙某吸食，黄某贩卖毒品获利2200余元。

（10）2011年5月8日13时，被告人毕某为吸食毒品需要在山东省淄博市请被告人庞某以每克600元的价格从外地购买甲基苯丙胺50克，并预付其15000元人民币。庞某通过被告人谭某帮忙介绍，从被告人黄某手中，以每克400元的价格，为毕某联系购买了甲基苯丙胺50克，并由庞某通过银行汇款预付给黄某购毒款10000元，庞某从中赚取5000元。黄某在收到庞某汇来的10000元购毒款后，另筹资金5000元，以15000元在本市购得甲基苯丙胺50克，2011年5月9日14时许，黄某将内装50克甲基苯丙胺的包裹委托车牌为鲁M08069号长途客车由宜昌三峡游客中心托运至山东省淄博市长途汽车客运总站，并电话通知谭某收取包裹。谭某遂告知庞某。2011年5月10日9时许，庞某到该车站货运部领取装有50克甲基苯丙胺的包裹时，被当地公安机关协助抓获，并缴获甲基苯丙胺49.42克。

公安机关分别于2011年5月10日在宜昌市东环大厦将被告人黄某抓获，于当日9时10分许在山东省淄博市长途汽车站蓝狐快运站将被告人庞某抓获，之后根据庞某的交代于当日11时30分许在山东省淄博市张店区天乐园大酒店将被告人谭某抓获，在庞某的协助下于当日14时许在淄博市淄川区将被告人毕某抓获。

【案件焦点】

谭某作为吸毒者，其前面8次购买毒品、接货的过程能否构成运输毒品罪，另

外其每次购买毒品均不足 10 克，但累计起来达 44 克，是否构成非法持有毒品罪。

【法院裁判要旨】

宜昌市伍家岗区人民法院审理认为：被告人黄某为牟取非法利益，多次贩卖、运输毒品甲基苯丙胺共计 106.42 克，其行为均已构成贩卖、运输毒品罪，公诉机关指控的罪名成立。被告人谭某在本案第 9 笔毒品犯罪中，为他人代购仅用于吸食的甲基苯丙胺 13 克，在购买成功后获得少量毒品供自己吸食，应当认定为获利，其代购毒品的行为构成贩卖毒品罪；其在本案第 10 笔毒品犯罪中，违反国家毒品交易管理法规，明知他人实施毒品犯罪而为其居间介绍买卖毒品甲基苯丙胺 49.42 克，其行为已构成贩卖毒品罪，故被告人谭某贩卖毒品甲基苯丙胺共计 62.42 克，其行为构成贩卖毒品罪。被告人谭某作为吸毒者，在本案前 8 笔毒品犯罪中，购买的甲基苯丙胺均为自己所吸食，其行为不认为是犯罪。本案 10 笔毒品犯罪中，所有毒品均是由被告人黄某采取长途客车托运的方式进行运输，被告人谭某、庞某只有接货行为，并未参与运输毒品，其行为不构成运输毒品罪。被告人庞某为牟取非法利益，贩卖毒品甲基苯丙胺 49.42 克，其行为构成贩卖毒品罪。被告人毕某作为吸毒者，在购买毒品甲基苯丙胺的过程中被公安机关查获，数量较大，其行为构成非法持有毒品罪，公诉机关指控的罪名成立。被告人黄某被采取强制措施后，如实供述公安机关未掌握的罪行，与公安机关已经掌握的罪行属同种罪行，不能认定为自首，但可以酌情从轻处罚；被告人黄某及其辩护人称其具有检举他人贩毒的行为，无证据证明，依法不能予以认定。在第 10 笔毒品犯罪中，被告人谭某在共同犯罪中所起作用较轻，仅为帮人居间介绍，没有牟利行为，应当认定为从犯，应当从轻或减轻处罚；被告人谭某因犯敲诈勒索罪曾经被判处有期徒刑，刑罚执行已满五年，不构成累犯，但有犯罪前科，属酌情从重处罚情节。被告人庞某积极协助公安机关抓获同案犯，系立功，依法可以从轻处罚；被告人庞某曾被判处有期徒刑，刑罚执行完毕后五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，是累犯，应当从重处罚。被告人黄某、毕某归案后认罪态度较好，可酌情从轻处罚。

湖北省宜昌市伍家岗区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第二款第（一）项、第三百四十七条第三款、第三百四十八条、第六十五条、第六十七条第三款、第六十八条及《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第四条、第五条的规定，作出如下判决：

一、被告人黄某犯贩卖、运输毒品罪，判处有期徒刑十五年，并处没收财产20000元。

二、被告人谭某犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑八年，并处没收财产10000元。

三、被告人庞某犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑十年，并处罚金10000元。

四、被告人毕某犯非法持有毒品罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金2000元。

公诉机关宜昌市伍家岗区人民检察院提起抗诉：原审被告人谭某在前8笔毒品犯罪中实施的接货行为，庞某在第10笔毒品犯罪实施的接货行为，应构成运输毒品罪，原判对二人定性不当，量刑畸轻。

原审被告人黄某上诉提出：原审认定的贩毒事实有九起是公安机关未掌握的罪行，可酌情从轻处罚，原审量刑未体现从轻处罚。

原审被告人谭某上诉提出：原审认定的第9笔犯罪事实系购买后与他人共同吸食，此次不构成贩卖毒品罪，原审认定的第10笔贩毒行为应属非法持有毒品罪。

原审被告人庞某上诉提出：当公安机关抓获时，毒品没有出售，未给社会造成危害，请求二审从轻处罚。

宜昌市中级人民法院经审理认为：抗诉机关的抗诉意见不能成立，本院不予支持。关于黄某、谭某、庞某等提出的上诉理由，经查，原判对此辩解已作充分评判，故其上诉理由不能成立，本院亦不予支持。原审人民法院根据各被告人的犯罪事实、犯罪性质、情节及其对社会的危害程度所作出的判决，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法。

宜昌市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十九条第一项之规定，作出如下裁定：

驳回抗诉、上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对吸毒者购毒、吸毒行为的理解。

首先，对于吸毒者接货、携带毒品是否构成运输。根据最高人民法院《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》的规定，所谓“持有”，是指占有、携有、藏有或者其他方式持有毒品的行为。所谓“运

输”，指明知是毒品而采用携带、邮寄、利用他人或者使用交通工具等方法非法运送毒品的行为。可见，非法持有毒品罪与运输毒品罪实际上存在一般和特殊的关系，运输毒品罪在客观上必然表现为非法持有毒品的行为，因此两罪存在一定的竞合关系。而对两者进行区分，需要掌握的一个根本点就是：法律将运输毒品罪作为一个独立的罪名，并与走私、贩卖、制造毒品罪同作为选择性罪名置于同一法条下，具有相同的量刑幅度，其危害性并非仅仅是使毒品在“流动”，其更大的危害性在于他是走私、贩卖或者制造毒品犯罪中的一个必要环节，行为人对毒品的去向和来源是有一定了解的。运输仅用于吸食为目的的毒品既不是毒品犯罪的源头行为，也不可能造成毒品向社会公众扩散，因而社会危害性不大，对其不宜按照刑法第三百四十七的规定定罪处罚。尽管我们承认在司法实践中对被告人主观特征进行判断是一项难度较大的工作，但不得客观归罪是我国刑法的一项基本原则。因此，当行为人的行为既符合非法持有毒品罪的客观方面表现，又符合运输毒品罪的客观方面表现，也就是说无论他是动态地“持有”，还是静态地“持有”，只要无法判断行为人的目的，以及其是否对毒品的去向和来源有一定了解，是否与贩卖、制造、走私等毒品犯罪有关联，以非法持有毒品罪定罪量刑才是合法、合理的裁判。

其次，吸毒者已经将毒品吸食，那么对其已吸食部分，能否再计入非法持有毒品的数量之中进行累计？一种意见主张，应如同对走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算一样，将多次购买的毒品数量相加，对达到一定标准的按照非法持有毒品罪论处。按照这种观点，吸毒者非法持有毒品的，其已吸食部分应计入非法持有的总量之中，否则，就会使得大量吸毒者因现场查获的毒品数量持有量达不到法定标准而无法追究刑事责任。另一种意见则认为，非法特有毒品的社会危害性在于事实上持有毒品这一事实状态，行为人将毒品予以吸食注射，则这一状态自然消失，因此，对行为人非法持有毒品的数量只能以其被查获时实际持有的数量计算，行为人曾经多次吸食、注射了的毒品部分不得累计计入非法持有毒品的数量中。以行为人以往拥有的毒品数量累计计算非法持有毒品总量于法无据。《刑法》第三百四十七条规定：“对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品的数量累计计算。”这一规定，只适用于上述犯罪，不包括非法持有毒品罪，因此对于非法持有毒品的数量以其曾经拥有的数量累计计算缺乏法律依据。

编写人：湖北省宜昌市伍家岗区人民法院　范西文

68

开设实体赌场“情节严重”的认定

——陈甲、陈乙开设赌场案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第二中级人民法院（2012）沪二中刑终字第558号刑事裁定书

2. 案由：开设赌场罪

【基本案情】

被告人陈甲结伙被告人陈乙，于2011年11月起在上海市宝山区海江四路13号租借的店铺“姐妹茶艺”内开设“晃晃麻将”赌场聚众赌博，由被告人陈甲负责记账，被告人陈甲、陈乙从参赌人员处抽头渔利。2012年3月6日20时30分许，王某、陆某、袁某、李某等23人（均另案处理）以“晃晃麻将”的形式在该赌场内进行聚众赌博时被公安人员查获，公安人员当场抓获被告人陈甲、陈乙，并从被告人陈甲处查获赌资人民币1746元、账本1本、麻将桌及麻将牌等赌具。至案发，被告人陈甲、陈乙共计抽头渔利人民币70000余元。

【案件焦点】

开设实体赌场“情节严重”的认定是否应以开设网络赌场的“情节严重”为标准。

【法院裁判要旨】

上海市宝山区人民法院认为：被告人陈甲结伙被告人陈乙，以营利为目的，在租借的店铺内开设赌场聚众赌博，其行为均已构成开设赌场罪，应依法惩处。公诉机关指控被告人陈甲、陈乙的犯罪事实清楚，证据确实充分，指控罪名成立。在共同犯罪中，被告人陈甲起主要作用，系主犯；被告人陈乙起次要作用，系从犯，应

当依法从轻处罚。关于辩护人均提出被告人陈甲、陈乙有自首情节的辩护意见，本院不予支持。根据查明的事实，公安机关在赌场内当场将被告人陈甲、陈乙抓获，归案后被告人陈甲、陈乙主动交出开设赌场所记载渔利的账本，可视为被告人陈甲、陈乙有悔罪表现。鉴于被告人陈甲、陈乙均系初犯，归案后能如实交代自己的犯罪事实，可依法从轻处罚。据此，依照《中华人民共和国刑法》第三百零三条第二款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第三款、第六十四条的规定，作出了如下判决：

一、被告人陈甲犯开设赌场罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币2000元。

二、被告人陈乙犯开设赌场罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金人民币1000元。

三、在案赃款人民币1746元依法没收，上缴国库。

四、在案犯罪工具依法没收。

上海市宝山区人民检察院认为：原判未认定被告人陈甲、陈乙犯罪情节严重，属适用法律错误，导致对被告人陈甲、陈乙量刑明显不当。

被告人陈甲、陈乙在二审庭审中均提出，账本是她们主动交出来的，账本中的7万余元是流水账，包括茶水经营收费，并不全是赌场抽头。

上海市第二中级人民法院认为：原审被告人陈甲、陈乙在庭审中提出7万余元并不全是赌场抽头一节，经查：原判认定被告人陈甲、陈乙共计抽头渔利人民币7万余元一节的证据，不仅有被告人陈甲、陈乙的相关供述，还有查获的记录抽头渔利的账本为证，原审被告人陈甲、陈乙的上述辩解均不能成立。关于本案是否能够适用"情节严重"，归纳并评判如下：

（1）法律及相关司法解释对非网络赌博中的"情节严重"未作明确规定，亦无明确的参照规定。

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络赌博适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）的认定标准仅适用于网络赌博，正如其前言中的规定"现就办理网络赌博犯罪案件适用法律的若干问题，提出如下意见"，可见这个《意见》只是针对网络赌博犯罪案件的规定。

对非网络赌博犯罪案件，不能直接参照上述司法解释。对非网络赌博犯罪案件，也不能仅仅因为犯罪金额超过了3万元，就一律按"情节严重"进行处理。

（2）网络赌博与非网络赌博的社会危害性难分大小

传统赌博和网络赌博仅是赌博的不同形式，开设赌场的社会危害性主要体现在赌场的规模、参赌人数、涉赌资金、抽头分红数额等具体犯罪事实和情节上，传统赌博和网络赌博两者的社会危害性孰大孰小，没有明确的法律规定。

（3）结合事实与证据，本案不宜适用“情节严重”。

被告人陈甲结伙被告人陈乙，于2011年11月起在上海市宝山区海江四路13号租借的店铺“姐妹茶艺”内开设“晃晃麻将”赌场聚众赌博，2012年3月6日被抓获，犯罪时间不长。本案的参赌人员基本上是周围小区的居民，他们输赢金额往往都不大。虽然查获当日发现有参赌人员20余名，但涉赌资金并不大。从赌具、赌资、参赌人员来看，具有一定的消遣性和群众娱乐性。综合本案的情况来看，其社会危害性与犯罪的组织性，均未达到“情节严重”的程度。

综上，结合被告人陈甲、陈乙开设赌场犯罪的规模、手段、涉赌资金及犯罪的组织形式等具体犯罪事实和情节，两被告人的行为尚不构成“情节严重”。原审法院对被告人陈甲、陈乙作出的判决并无明显不当，抗诉意见不能成立。故裁定：驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

开设赌场罪是指具有聚众赌博、开设赌场、以赌博为业的行为。其主要形式有两种：一是以营利为目的，以行为人为中心，在行为人支配下设立、承包、租赁专门用于赌博的场所，提供赌博用具让他人赌博的，成为开设实体赌场。二是以营利为目的，在计算机网络上建立赌博网站，或者为赌博网站担任代理，接受投注的，称为开设网络赌场。关于开设网络赌场，法律规定，抽头渔利数额累计达到30000元以上的，就认定为“情节严重”。而关于开设实体赌场，并没有相关的法律或司法解释做出规定，因此，本案中的被告人抽头渔利70000余元是否能认定为“情节严重”就成为争议的焦点。

我们认为：法律的规定具有明确的指向性，其仅仅适用于开设网络赌场，立法目的在于：为依法惩治网络赌博犯罪活动，……现就办理网络赌博犯罪案件适用法律的若干问题，提出如下意见。根据罪行法定的基本原则，“法无名文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，既然相关法律或司法解释对开设实体赌场没有做出明确的

规定，那么要认定“情节严重”，就不能盲目的适用或参照法律的规定对开设实体赌场的被告人进行处罚。再者，每个裁判的结果在遵循法律规定的前提下，亦应符合社会大众的普遍预期，不能因为对某一犯罪要素的过分苛求，而忽视了整个案件的性质及社会危害性，进而造成量刑过重或过轻。故应根据一般的认定方法，从赌场的规模、组织严密程度、涉赌金额、参赌人员、持续时间、获利情况等方面综合考虑，予以定罪量刑。

关于开设实体赌场“情节严重”的认定应从以下几个方面考虑：

第一，赌场方面，包括赌场的专业性程度、地点、赌博的方式、涉赌金额、开设时间长短等；第二，人员方面，包括人数、人员的组织严密程度、分工情况等；第三，社会危害方面，包括非法获利金额、涉赌人员个体特征、对所在区域群众的影响、有无引发诸如非法拘禁、抢劫等犯罪的危险等。如果人员组织严密，分工明确，有固定的场所，持续时间较长，涉赌资金巨大，或引发其他犯罪行为，对周边群众的正常生活产生了一定的影响，就可以认定为“情节严重”。这三个方面既相互独立，又相互联系，例如，可能因为某一方面的影响而导致整个案件的“情节严重”，也可能因为其他方面的影响而平衡，从而低于“情节严重”的标准，此时，就需要承办法官在规定内自由裁量做出正义的判决。

就本案而言，两名被告人租用棋牌室开设“晃晃麻将”的形式，吸引周围小区居民参赌而从中渔利，开设时间较短，仅4个多月，赌具是普遍使用的麻将，地点为城乡结合部的小区内，参赌人员多为周围下岗或退休人员，仅仅是消遣娱乐，群众举报的原因是扰民而不是因为其的赌博性质，相反，参赌人员亦不认为自己行为的性质已处于刑事处罚的范畴。两名被告人每次从每桌的渔利是1－3元，当场查获的赌资也仅为1700余元，虽然查获的账本显示渔利70000余元，但从赌场的规模、组织严密程度、涉赌金额、参赌人员、持续时间等方面来看，如果以“情节严重”认定，难免有失公正。故，本案不应以“情节严重”对两名被告人科处刑罚。

编写人：上海市宝山区人民法院　王勇

69

组织卖淫罪与介绍卖淫罪之甄别

——吴某组织卖淫案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市徐汇区人民法院（2012）徐刑初字第121号刑事判决书

2. 案由：组织卖淫罪

【基本案情】

被告人吴某为非法牟利，纠集卖淫女进行卖淫活动，并对卖淫女规定纪律及淫资分成等。被告人吴某通过网络、手机等方式向不特定男性客人发布卖淫信息以招揽客人，至案发，其大量安排卖淫女前往嫖客指定的本市徐汇区、普陀区、闵行区等地进行卖淫活动。事后每次从中抽取人民币200元，并规定卖淫女通过银行转账将钱汇至其提供的账号内。2011年3月起，被告人吴某先后安排刘某等8人向陈某等数十人卖淫。2011年10月26日，被告人吴某被上海市公安局抓获，到案后其如实交代了上述事实。公诉机关认定被告人吴某的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百五十八条第一款之规定，应当以组织卖淫罪追究被告人吴某的刑事责任。公诉机关就上述指控出示了证人刘某某等人的证言，短信照片、扣押物品、文件清单、查询存款/汇款通知书、牡丹灵通卡账户历史明细清单及工作情况等证据。

被告人吴某对起诉书指控其组织卖淫提出异议，辩解其与卖淫女相互利用，相互介绍，不构成组织卖淫罪。

辩护人认为被告人吴某在公安机关未采取强制措施前如实供述自己的罪行，应当认定为自首；被告人吴某的行为在法律上没有明确规定达到情节严重标准，且不构成组织卖淫罪。理由如下：1. 被告人吴某并无招募、雇佣、强迫、引诱、容留的行为。2. 被告人吴某没有形成相对稳定的组织，没有控制卖淫女的权力及能力。

【案件焦点】

被告人吴某的行为定性是组织卖淫罪，抑或是介绍卖淫罪。

【法院裁判要旨】

上海市徐汇区人民法院经审理认为：

被告人吴某的行为已构成组织卖淫罪。组织卖淫罪的客观方面表现为行为人通过招募、雇佣、纠集等各种手段实施的组织他人进行卖淫的行为。其本质特征在于控制多人进行卖淫。而控制多人进行卖淫，必须通过相应的控制形式、手段和内容来具体的体现，至于采取控制是否具有暴力、胁迫或者非法限制人身自由的性质或者形式，不影响本罪的成立。

被告人吴某的行为是实施控制多人进行卖淫的行为。首先体现的是具有一定的组织性。在本案中，被告人吴某对经人介绍的卖淫女进行面试后安排她们进行卖淫活动，将一个松散的卖淫群体通过其本人的策划、纠集等手段紧密地联系在一起；被告人吴某又通过相互介绍、网络、手机等方式发布卖淫信息招揽客人，安排卖淫女进行卖淫活动，形成由其本人主导卖淫活动的基本架构，体现了其作为卖淫活动核心的组织指挥作用。其二、组织具有一定的约束力。被告人吴某通过对卖淫女的面试，明确卖淫活动的要求以及淫资的分配，及时掌控卖淫女的卖淫活动，形成组织者与卖淫者之间领导与服从的关系，达到控制多人卖淫营利的目的性。第三、组织具有有效性。被告人吴某作为卖淫活动的核心，通过其个人来组织安排卖淫女的卖淫活动，具有较强的隐蔽性，来逃避打击，并在短时间内迅速牟取暴利。

被告人吴某在卖淫活动中起组织、策划、指挥的作用，是卖淫活动的核心，其实施的是控制多人进行卖淫活动的行为，应当以组织卖淫罪追究其刑事责任。

被告人吴某不具有自首情节。案发后，被告人吴某被公安机关抓获。被告人吴某到案后虽然如实供述了自己的罪行，但没有主动投案，不符合自首的法律规定。

被告人吴某组织卖淫的行为，已达到情节严重的程度。被告人吴某纠集多名卖淫女，在长达半年多的组织卖淫活动中，牟取了数十万的暴利，严重破坏了治安管理秩序和良好的社会风尚，具有严重的社会危害性。

上海市徐汇区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百五十八条第一款、第五十五条第一款、第五十六条第一款、第六十七条第三款、第五十三条、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人吴某犯组织卖淫罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利二年，并处罚金人民币50000元。

二、被告人的违法所得予以没收。

【法官后语】

组织卖淫罪和介绍卖淫罪同为淫媒犯罪，在司法实践过程中，容易将这两种犯罪混淆。组织卖淫罪的客观方面表现为行为人通过招募、雇佣、纠集等各种手段实施的组织他人进行卖淫的行为，其本质特征在于控制多人进行卖淫。在甄别两罪时，"组织性"是一个关键因素。

1. 两罪之同

组织卖淫罪和介绍卖淫罪同为淫媒犯罪，由于具有相同的犯罪客体，特别是犯罪手段上的一些"重合"，在司法实践过程中，容易将这两种犯罪混淆。在犯罪主体方面，两罪的主体都是一般主体；在犯罪主观方面，两罪都是直接故意犯罪，行为人明知自己的行为妨害社会治安管理秩序而仍故意为之；在犯罪客体方面，两罪都侵犯了社会治安管理秩序和社会风尚，违背了人们正常的道德观念和价值评判标准；犯罪客观方面，两罪在手段上有相似之处，如为卖淫提供便利条件，为卖淫嫖娼牵线搭桥等。

2. 两罪之异

虽然存在着上述种种相似之处，但是两罪在主观故意的内容上、客观表现方面仍然存在区别。具体而言，组织卖淫罪的行为人的主观故意是组织多个卖淫者从事卖淫活动；介绍卖淫罪的行为人的主观故意是为他人卖淫提供场所、便利条件或进行居间介绍。要了解行为人主观故意的内容，还须结合客观表现来判断，就本案而言，主要可以从组织性上进行甄别。

所谓"组织"，是指发起、建立卖淫集团，将分散的卖淫行为进行集中和控制，并在其中起组织作用的行为。认定行为的组织性的关键是判断行为人是否控制了多人进行卖淫活动。在本案中，被告人吴某对经人介绍的卖淫女进行面试后安排她们进行卖淫活动，将一个松散的卖淫群体通过其本人的策划、纠集等手段紧密的联系在一起；被告人吴某又通过相互介绍、网络、手机等方式发布卖淫信息招揽客人，安排卖淫女进行卖淫活动，形成由其本人主导卖淫活动的基本架构，体现了其作为

卖淫活动核心的组织指挥作用。

3. 本案之定性

从被告人吴某与卖淫女之间的关系，即该组织的约束力，也可印证吴某的行为性质。在组织卖淫罪中，卖淫人员受控于行为人，接受行为人的安排、布置或调度，与行为人形成管理与被管理的关系；而在容留介绍卖淫罪中，行为人不对卖淫人员进行管理，只是单纯居间介绍。从查明的事实来看，被告人吴某通过对卖淫女的面试，明确卖淫活动的要求以及淫资的分配，实时掌控卖淫女的卖淫活动，形成组织者与卖淫者之间领导与服从的关系，达到控制多人卖淫营利的目的性，显然是对卖淫女实施了控制和管理的行为，应当认定为组织卖淫罪。

编写人：上海市徐汇区人民法院　朱锡伟　蒋骅

十、危害国防利益罪

70

刑事补正裁定的适用

——张某某非法提供武装部队专用标志案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2011）二中刑抗终字第1643号刑事判决书

2. 案由：非法提供武装部队专用标志罪

【基本案情】

2010年五六月及十月、十一月间，被告人张某某分别以人民币300元的价格购买伪造的军以上领导机关专用车辆号牌1副和中国人民解放军行车执照2个，后提供给文某（另案处理）等人使用。2011年1月24日8时30分许，悬挂上述号牌的车辆在本市东城区蒋宅口十字路口被查获。被告人张某某后被抓获。

一审法院以非法提供武装部队专用标志罪判处张某某拘役六个月。在法定期限内，原公诉机关以一审判决未对被告人并处罚金，属适用法律错误并导致量刑不当为由提出抗诉。一审法院在收到抗诉书后，以补正裁定的形式补充了对被告人的罚金刑。

【案件焦点】

刑事补正裁定应当如何正确运用。

【法院裁判要旨】

北京市第二中级人民法院经审理认为，原审被告人张某某非法提供武装部队车辆号牌给他人使用，情节严重，其行为构成非法提供武装部队专用标志罪，依法应予惩处。鉴于被告人张某某认罪态度好，对其酌予从轻处罚。北京市东城区人民检察院所提依据《中华人民共和国刑法》第三百七十五条第三款之规定，本案一审判决应当对被告人并处罚金而没有并处，显属适用法律错误，致量刑不当的抗诉理由经查成立，本院予以支持。北京市人民检察院第二分院所提“原判认定事实清楚、证据确实充分，定性准确，但量刑不当；北京市东城区人民法院以刑事裁定书的形式对一审判决书中实体部分存在的问题予以纠正，应属无效裁定”的出庭意见经查成立，本院予以采纳。综上，一审法院对原审被告人张某某作出的判决，定罪正确，但适用法律错误，量刑失当，使用刑事裁定对一审判决书中实体部分存在的问题予以纠正，违反了诉讼程序，依法予以纠正。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百七十五条第三款及《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（二）项之规定，作出如下判决：

一、撤销北京市东城区人民法院（2010）东刑初字第332号刑事判决及刑事裁定。

二、被告人张某某犯非法提供武装部队专用标志罪，判处拘役六个月（刑期已满），并处罚金人民币1000元（于收到本判决三十日内缴纳）。

【法官后语】

本案主要涉及刑事补正裁定的依法适用问题。为提高文书质量和统一刑事诉讼文书样式，最高人民法院于1999年下发了《法院刑事诉讼文书样式》（样本），规定了共9类164种法院刑事诉讼文书样式。其中裁判文书类第45种样式为“刑事裁定（补正裁判文书失误用）”，对其适用范围作了明确规定，即：本样式供各级人民法院对于在本院发出的刑事判决书、刑事裁定书或者刑事调解书中，发现有个别文字上的错误或者遗漏，予以改正、补充时使用。本裁定书改正、补充的内容，仅限于裁判文书中的文字技术上的失误，不涉及实体（包括金额或者数额）和程序问题的处理。本案中一审法院未对被告人并处罚金刑，显系实体上而非文字上的错

误，不属于可以通过刑事补正裁定改正、补充的内容。

对个别文字的错误和遗漏进行更正、补充，只能在不对案件实体产生影响的前提下进行。如果个别文字的调整、变动会对案件产生实体上的影响，则通常不允许使用补正裁定。特别是补正可能改变原裁判认定的事实的，或可能改变关键证据证明力和证明方向的，或可能改变对被告人的量刑裁量（如对被告人是从轻还是减轻处罚）和具体刑罚内容的，不得以补正裁定的方式更正、补充。刑期起止日期、审判组织成员的姓名、判决书日期等错误，要在严格坚持实事求是原则的前提下，通过补正裁定更正。对于不允许通过补正裁定修正的错误，要严格依照法律规定的程序解决。被告人上诉或检察机关抗诉的，通过二审程序依法纠正；裁判发生法律效力的，通过再审程序依法纠正。

编写人：北京市高级人民法院　肖江峰

十一、贪污贿赂罪

71

将执法扣押的财物变卖行为定性

——汪某贪污、受贿、诈骗案

【案件基本信息】

1. 裁决书字号

上海市崇明县人民法院（2011）崇刑初字第382号刑事判决书

2. 案由：贪污罪、受贿罪、诈骗罪

【基本案情】

崇明县人民法院经审理查明：2011年4月28日崇明县质量技术监督局扣押崇明县江口标准件厂三分厂型号为3YX10mm螺纹钢80件，寄存于上海沪宝铜业有限公司仓库，被告人汪某参与执行扣押。2011年7月22日、24日，被告人汪某利用其担任崇明县质量技术监督局行政执法科科员，从事相关行政执法活动的职务便利，以处置该局扣押并寄存在上海沪宝铜业有限公司仓库内的钢材为由，骗取保管人陆某的信任，先后两次私自取走价值人民币57150元、型号为3YX10mm的螺纹钢6件予以变卖。后被告人将变卖所得赃款人民币45000余元用于其赌博及归还债务。

2011年7月20日、21日，被告人汪某利用职务便利，以帮忙减少上海曼顺储运有限公司的行政处罚金额为由，向该公司法定代表人黄某索取人民币30000元。

2011年8月5日、7日，被告人汪某以虚构的事实从上海盛穗实业有限公司、

上海市崇明县江口标准件厂二分厂处骗得折合人民币111399元螺纹钢13件，后将螺纹钢低价变卖，所得赃款用于其赌博或归还因赌博所欠的个人债务。

【案件焦点】

汪某将委托上海沪宝铜业有限公司保管的崇明县质监局依法扣押的钢材擅自取出变卖的行为能否构成贪污罪。

【法院裁判要旨】

崇明县人民法院认为，被告人汪某利用其担任崇明县质量技术监督局行政执法科科员，从事相关行政执法活动的职务便利，非法占有该局扣押的价值人民币57510元的螺纹钢6件；又利用职务便利，以帮忙降低上海曼顺储运有限公司的罚款数额为由，向该公司法定代表人黄某索取人民币30000元，其行为已构成贪污罪、受贿罪。被告人汪某以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法骗取上海盛穗实业有限公司、上海市崇明县江口标准件厂二分厂折合人民币111399元的螺纹钢13件，数额巨大，其行为又已构成诈骗罪。崇明县质量技术监督局在行政执法活动中依法扣押的钢材归该单位监管，属公共财产，将扣押的钢材委托上海沪宝铜业有限公司保管，并不代表改变财产性质，该批钢材仍属质监局监管；被告人汪某利用其系行政执法人员的身份，骗得保管人信任，私自将其单位扣押的螺纹钢提走，以低价变卖，其行为符合贪污罪的构成要件。据此，依照《中华人民共和国刑法》第三百八十二条第一款、第三百八十三条第一款第二项、第九十一条第二款、第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第二百六十六条之规定，判决如下：

被告人汪某犯贪污罪，判处有期徒刑五年；犯受贿罪，判处有期徒刑二年；犯诈骗罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币3000元；决定执行有期徒刑九年，并处罚金人民币3000元。

一审判决后，被告人汪某没有上诉，检察机关没有抗诉，判决发生法律效力。

【法官后语】

本案的主要争议点在于：汪某将委托上海沪宝铜业有限公司保管的崇明县质监局依法扣押的钢材擅自取出变卖的行为能否构成贪污罪。

1. 汪某擅自取出钢材是利用职务之便

关于贪污罪认定中利用职务上的便利。职务上的便利是以行为人所担负的单位职责为基础，只要该行为人利用本人职责范围内的、对单位财物的一定权限而实施的占有行为，就属于这一情形。由此可见，利用职务便利必须以权限范围内对公共财产的实际控制、支配为前提，这不同于国家工作人员和其他依法从事公务的人员利用自身身份或者工作上形成的机会、便利条件而实施的不属于自己职权范围内的行为。

与利用职权便利不同而又相近的是利用身份便利。利用身份便利不具有职务上的便利，行为人与犯罪对象之间没有职责上的权限关联，行为人仅因身份关系而熟悉环境、情况，了解内情，知晓作案以及容易被他人误认为其具备某种职责的权限。

具体到本案中，汪某的行为构成利用职务上的便利，而非利用身份上的便利。

2. 被扣押的钢材属于公共财产

构成贪污罪对象的公共财物，有三个方面的特点：第一、该财产必须是国家、集体所有，或者国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体所有、管理或者控制；第二、公共机构对该财产的管理、控制，不要求公共机构对该财产享有完全所有权，可以基于所有权部分权能，如占有权、使用权；第三、必须是在自己的职权范围内主管、管理、经手的公共财产，如果行为人利用了职务上的便利，但非法占有的财产并非其主管、管理和经手的公共财产，也不成立贪污罪。

在本案中，崇明县质监局将扣押的钢材委托上海沪宝铜业有限公司保管，看似钢材的所有权已转移至被委托单位，实际上该钢材仍在崇明县质监局的管理、控制下，属公共财产。

3. 汪某具有非法占有之目的

贪污罪的主观方面的规定要求是直接故意，即行为人明知自己利用职务之便实施的行为会发生非法占有公共（国有）财物或非国有单位财物的结果，并且希望这种结果的发生，具体表现为具有非法占有的目的。只有存在了这种表现为非法占有目的的直接故意，法律才能够给予定罪处罚。

贪污罪与挪用公款罪最重要的区别之一就在于主观上是否存在“非法占有”的目的。按照一般的理解，仅为非法取得公款使用权不打算非法占有的，就没有携

带公款潜逃必要，而之所以携带挪用的公款潜逃，一定是意图将之据为己有。据此，将基础事实与推定事实从高度的盖然性上加以联系，可以进一步推定在挪用的场合下，只要有证据证明挪用后行为人在客观上有能力还，而主观上不想还，或者行为人明知没有偿还能力，依然予以挪用，并且最终的确无力偿还，就应符合贪污罪的“非法占有目的”。

编写人：上海市崇明县人民法院　陆静　岳鹏

72

国有医院网络管理员违规向医药代表提供医药信息的行为认定

——吕某受贿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第二中级人民法院（2012）沪二中刑终字第49号刑事裁定书

2. 案由：受贿罪

【基本案情】

被告人吕某于2006年至2010年，在担任上海市虹口区新港路街道社区卫生服务中心、嘉兴路街道社区卫生服务中心网络管理员、信息管理员期间，利用其负责采购本单位计算机及相关配件和管理本单位医药信息等职务便利，多次收受多家供货单位销售员及医药销售代表的贿赂款，共计人民币168200元。

【案件焦点】

国有医院网络管理员违反规定向医药代表提供医药信息并收取财物是否应构成受贿罪。

【法院裁判要旨】

上海市虹口区人民法院经审理认为，被告人吕某身为国家工作人员，利用职务

上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。上海市虹口区人民检察院指控被告人吕某犯受贿罪罪名成立。被告人吕某案发后能自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，到案后又有检举揭发他人犯罪行为的立功表现，可减轻处罚。在本院审理期间，被告人吕某在其家属的帮助下能主动退出部分赃款，可酌情从轻处罚。关于辩护人提出的请求对被告人吕某减轻处罚的辩护意见，与事实和法律相符，本院予以采纳。

上海市虹口区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（一）项、第二款、第六十七条第一款、第六十八条及第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人吕某犯受贿罪，判处有期徒刑六年，并处没收财产人民币20000元。

二、尚未退出的赃款予以追缴连同已退出的赃款一并没收。

吕某持原审起诉意见提起上诉。上海市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案系上海市首例国有医院网络管理员违反规定向医药代表提供医生药品用量等医药信息并收受好处费的案件。其主要有三大争议焦点，分别评析如下：

1. 被告人吕某所在的两家社区卫生服务中心（地段医院）的单位性质

《事业单位登记管理暂行条例》并未区分国有事业单位和集体事业单位两种类型，而是统一称为事业单位，并且按照该两个条例的规定，事业单位的举办资产必须是国有资产。本案中，从2001年起上述两家社区卫生服务中心的事业单位法人证书上都明确载明举办单位均为上海市虹口区卫生局，经费来源为差额拨款（系指国家投入部分运营经费保障，其余经费由单位自收自支），签发单位为国家事业单位登记管理局，显然该证据表明上述两家单位已经符合国务院《事业单位登记管理暂行条例》的形式要件规定，应认定为国有事业单位。

另外，上述两家地段医院的资产性质情况，可以清楚地发现，该两家单位其前身均系成立于上世纪50年代的个体诊所，当时国家为了社区基本医疗卫生的需要，对社区内的个体私人诊所进行了合并和改造，部分医生和工人携带各种医疗设备和

资金进入了初创时期的地段医院，政府未投入开办资金，此时地段医院的资产性质确实是集体性质，对外公开的所有制形式也为集体所有制，但此后数十年，国家一方面通过政策赎买的方式（对这些初创人员的工资待遇按照他们带来的医疗设备的价值高低来确定，使其工资待遇普遍高于其后通过其他招录途径进入的职工，至上世纪70年代－80年代这些初创人员均已退休）来进行收购，另一方面通过不断投入国有资金到上述地段医院用于保障和支持社区基本医疗卫生事业的发展，从上世纪80年代开始，实际上该两家地段医院内已不存在集体资产，所有资产均应视为国有资产。此后，按照有关主管部门卫生局和财政局的要求，上述地段医院的所有资产均作为国有资产进行管理并每年做国有资产总量及保值情况报表。另考察上述两家地段医院的人员编制、退休待遇、工资福利等一系列情况，可以发现在1998年国务院《事业单位登记管理暂行条例》出台后，该两家单位与区内其他由全国资开办的国有医院基本上均一致，严格按照《事业单位登记管理暂行条例》进行管理和运营。

综上所述，该两家地段医院在被告人吕某受贿犯罪期间，均应综合认定为国有性质的事业单位。

2. 关于国有医院网络管理员对有关信息系统进行管理的行为是劳务活动还是公务活动

被告人吕某的日常工作，有一部分是只针对计算机软硬件、网络的正常运行提供维护活动，以保证中心网络正常运行，这一行为本身不具有对国有财产的经手管理性质，依据有关规定是技术服务活动，属于劳务，不能认为是公务。但是日常工作中部分工作内容具有劳务的性质，不等于全部工作内容均具有劳务的性质。根据市、区两级卫生局和所在医院的保密规定，被告人日常除上述维护工作外，还应对医生开处方时上传的电子数据信息包括业务总金额、看病人次、人均费用、药品所占业务总金额的比例等进行统计、汇总，监控医生超量或异常用药情况，及时向院办公室汇报，并确保统计数据的真实性、安全性和保密性。应当说，该种电子数据信息是医院和政府监管部门进行管理决策活动的直接依据，关系到人民群众的用药安全。电子数据信息与传统的纸质档案一样，属于医院的国有资产，对电子虚拟数据信息的管理，和对一般实物纸质档案的管理没有本质的区别。被告人管理并非法提供给不法医药代表的电子数据信息，是药商迫切需要得到的财产性利益，药商得

到这些信息后，才可方便地知晓其所代理的药品真实销售情况，并根据药品清单给予不同开药医生不同的商业回扣，从而达到非法激励医生给患者多开某种特定的药，使医院多进购某种特定的药的目的，最终关系到具有公益性质的国有医院对不特定的患者用药的安全性、合理性、医药费的合理开支这一公共事务，关系到医院药品采购决策经营活动，其对医药信息的该种职务管理行为与医生一般的技术服务行为具有本质上的区别，应为公务性质。故其日常工作对外属性上实际上具有技术劳务性质与管理国有财产公务性质双重属性，不能因为有前者的存在就否认被告人犯有受贿罪。综上，被告人作为国有医院网络管理员对有关信息系统的电子数据进行管理的行为应为公务活动。

3. 2008 年 8 月之前被告人吕某不具备正式事业单位人员编制，能否认定为国家工作人员

目前理论和司法实践中，认定国家工作人员的标准有“身份论”和“公务行为论”的争议，前者重形式，后者看实质。

我们赞成“公务行为论”的观点，正式编制的有无并不影响对国家工作人员的认定。结合本案证据，吕某在事业单位中履行了对国有资产的管理，对外代表有关事业单位负有公共事务的监督职责，从事的活动具有公务性质，应当将吕某认定为国家工作人员。吕某利用其网络管理员的职务便利，收受供货单位相关人员以及医药销售代表给予的财物，并在采购计算机及配件和提供医生药品用量信息等方面为他们谋取利益，均系基于其职务行为获取的不正当的报酬，危害了国家工作人员的职务廉洁性，应依法构成受贿罪。

编写人：上海市虹口区人民法院　叶琦

73

利用职权地位形成便利条件斡旋受贿的司法认定

——申某受贿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市徐汇区人民法院（2012）徐刑初字第310号刑事判决书

2. 案由：受贿罪

【基本案情】

2006年2月至2008年4月，被告人申某担任上海市教育考试院办公室主任，其主要职责是配合院中心任务，制订院综合管理规章制度、工作规范和年度工作计划，落实院党政办公会议有关决议，综合协调院内各部门及上级有关部门的沟通和联系等。任职期间，被告人申某通过本市高校教务处处长及招生办主任的职务行为，为请托人谋取不正当利益，收受请托人给予的贿赂款共计500000余元及两部手机。具体分述如下：

2006年8月，被告人申某通过时任上海理工大学教务处处长姚甲，违规帮助当年高考未达学校录取分数线的考生陈某以旁听生的身份注册入学，收受请托人陈通某通过郑元某给予的贿赂款100000元及两部手机。

同年8月，被告人申某通过时任上海立信会计学院招生办主任郑某，违规帮助考生宋丁某调剂专业，收受请托人宋晋某给予的贿赂款200000余元。嗣后，申某给予郑某10000元。

2007年8月，被告人申某通过时任上海立信会计学院招生办主任郑某，违规帮助当年高考未达学校录取分数线的考生邹某以点招方式录取，收受请托人邹泉某给予的贿赂款200000元。

被告人申某在上海市教育卫生工作委员会纪委谈话期间，交代了其收受郑元某

给予贿赂的事实。

【案件焦点】

被告人申某的其行为构成刑法第三百八十五条的受贿罪，还是刑法第三百八十八条的受贿罪。

【法院裁判要旨】

徐汇区人民法院经审理认为：被告人申某身为国有事业单位中从事公务的人员，利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，收受请托人人民币500000余元及相关财物，其行为已构成《中华人民共和国刑法》第三百八十八条规定的受贿罪，应予处罚。公诉机关指控受贿数额有误，适用法律不当。鉴于被告人申某系自首且退赃，控辩双方建议对其减轻处罚的意见，予以采纳。

徐汇区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十八条、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（一）项、第二款、第六十七条第一款、第五十九条及第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人申某犯受贿罪，判处有期徒刑七年，并处没收财产人民币100000元。

二、受贿所得予以没收。

【法官后语】

本案的处理焦点在于对普通受贿与斡旋受贿的理解与认定。具体详述如下：

1. 普通受贿与斡旋受贿之区别

我国刑法规定的受贿罪在客观方面表现为两种行为方式：1. 刑法第三百八十五条规定的普通受贿，又称直接受贿，指国家工作人员利用职务便利索取他人财物或非法收受他人财物为他人谋取利益的行为；亦或国家工作人员在经济往来中违反国家规定，收受各种名义的回扣或手续费归个人所有的行为。2. 刑法第三百八十八条规定的斡旋受贿，又称间接受贿，指国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的行为。

第三百八十五条规定的普通受贿犯罪与第三百八十八条规定的斡旋受贿犯罪，

虽然犯罪主体相同，但行为特征明显不同：首先，前者是直接利用本人的职权，而后者是利用本人职权或者地位所形成的便利条件，通过第三人的职务行为；第二，前者中的索取财物不要求为他人谋取利益，而后者中的索取财物必须为他人谋取利益；第三，前者的收受财物只要求为他人谋取利益，无论正当与否，没有利益性质的限制，而后者必须是为请托人谋取不正当利益。

2. 被告人利用职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，收受请托人财物，其行为构成斡旋受贿

首先，斡旋受贿犯罪中的职务要件即“利用职权或者地位形成的便利条件”是指行为人与被其利用的国家工作人员之间在职务上虽然没有隶属、制约关系，但是行为人利用了本人职权或者地位产生的影响和一定的工作联系，即行为人职务对被利用的国家工作人员具有非制约性的影响作用。如单位内不同部门的国家工作人员之间、上下级单位没有职务上的隶属、制约关系的国家工作人员之间、有工作联系的不同单位的国家工作人员之间等。

本案中，担任考试院院办主任的申某利用其职务和地位形成的便利条件，要求非对应职能部门即上海理工大学教务处长姚俭和立信会计学院招办主任郑某为未达相关录取分数线的考生安排入学和调剂专业。由于职能的不同，申某无权指使姚俭、郑某为此提供帮助，但是，申某是考试院的工作人员，利用了考试院对高校招生的指导和监督作用，利用了这种特殊的工作性质及其产生的影响，为请托人谋取不正当利益，属于利用本人职权和地位形成的便利条件为请托人谋取不正当利益，符合斡旋受贿犯罪中的职务要件。

其次，斡旋受贿犯罪中的“为请托人谋取不正当利益”的认定。1999年3月4日最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于在办理受贿犯罪大要案的同时严肃查处行贿犯罪分子的通知》第三条明确规定：谋取不正当利益是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件。1999年8月最高人民检察院发布的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件标准的规定（试行）》在附则第五条明确将上述解释适用于所有贿赂案中的“谋取不正当利益”，这自然包括斡旋受贿中“为请托人谋取不正当利益”。2008年11月“两高”在《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》中对不正

当利益做适当的扩大，即谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。这一规定为判断利益正当与否提供了基本标准，结合理论界相关观点，不正当利益应当包括“非法利益”和“非法过程利益”。

编写人：上海市徐汇区人民法院　朱以珍

74

占有并使用本单位公共财物行为性质的认定

——胡某某挪用公款案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

云南省文山市文刑初字（2011）第224号刑事判决书

2. 案由：挪用公款罪

【基本案情】

2010年5月至9月，文山市农业局两次划拨了400000元机耕作业费到文山市农业机械化技术推广站。在机耕工作完成后，被告人胡某某利用其负责全市机耕工作的职务便利，在站长胡甲的授意下，伪造机耕协议，开具发票报出机耕作业款400000元，除实际支付机耕款外，剩余款项102300元，2010年11月5日，被告人胡某某将该款中的100000元存入农业银行个人的工资账户，2300元被其个人进行使用。截止至2011年4月28日该账户内尚有余款41861.12元，54184.88元被被告人胡某某挪用于个人生活零星开支及栽种三七等。

【案件焦点】

被告人胡某某在主观方面是否具有非法占有的目的，或者被告人在主观上仅具有使用该笔款项的目的。

【法院裁判要旨】

法院审理时认为，被告人胡某某身为国家工作人员，利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，数额较大超过三个月未归还的行为，已触犯刑律，构成挪用公款罪，应当以挪用公款罪追究其刑事责任。被告人胡某某在庭审中认罪态度较好，所挪用的款项54184.88元和余款41861.12元共计102300元在检察机关侦查期间全部退缴检察机关，未造成经济损失，故予以从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第三百八十四条、第七十二条、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人胡某某犯挪用公款罪，判处有期徒刑六个月，宣告缓刑一年。

二、被告人胡某某退缴在文山市检察院涉案款102300元，退回文山市农业机械化技术推广站。

一审宣判后，被告人胡某某表示服判，并未提起上诉。

【法官后语】

本案中，对被告人胡某某行为的定性主要存在两种争议，一是认为被告人胡某某的行为应当构成贪污罪；二是认为被告人胡某某的行为应当构成挪用公款罪。

上述两种罪名从犯罪客观方面来看，挪用公款罪的行为人通常是不经批准或许可，擅自改变公款用途；而贪污罪的行为人往往通过伪造单据、涂改账目、销毁凭证等途径，使财产的所有权发生转移。但是，贪污与挪用公款在客观方面条件的差异并非一成不变。随着犯罪方式的日益多样化，贪污、挪用公款两种犯罪的手段渐渐出现了交叉的情形。即贪污者也会使用不改动财务账目公然贪污公款这种挪用公款的手段作案，以达到规避贪污罪这一重罪的目的。因此，单纯考察犯罪构成的客观方面条件，已不能准确区分两罪。

从主观方面来看，挪用公款罪的行为人在主观上只有挪用的故意，一般是为了获得某种收益而暂时地占有公款；而贪污罪的行为人在主观上具有非法占有公共财物的目的，行为人希望的是永久性地取得对公共财物的所有权。可见，主观目的的不同，是挪用公款罪和贪污罪的本质区别。

在司法实践中，对于行为人的主观意图可以从以下四个方面进行判断：(1) 案款的用途。例如，将公款存于银行生息。如果行为人不再改变该款项的用途，就存在将公款归还的条件，此种情形下，则可认定为行为人并不具有非法占有的目的；

（2）作案人相关行为。主观意图为挪用公款的人，一般会注意公款使用的安全。在归还公款发生困难的情况下，行为人会有积极的举动。如果行为人动用公款后大肆挥霍，对款项的归还问题丝毫不予考虑，则可判断其主观上没有归还的意图；（3）作案人相关意思表示。若借款人在出借公款时有还款的时限要求，出借后不时提醒、催促借款人还款，则反映其有归还公款的意图。反之，没有还款的时间要求，不敦促还款，甚至在对方问及时表示何时还款无所谓，则反映其没有归还公款的意图；（4）动用的金额和次数。动用数额小，对于想归还公款的说法，有支持作用。动用数额大，对于想归还公款的说法，有否定作用。

在本案中，被告人胡某某虽然实施了对公款的占有行为，但是，胡某某的行为系在主要领导授意下，采用虚开发票的方式，将所取得的钱款存入个人账户后完成的，从其对案款使用的用途以及动用案款的金额与次数，胡某仅将该笔钱用于个人的生活开支及栽种三七，且留有一定余款，不能推断出胡某在主观上具有非法占有该笔款项的目的，反之，胡某的行为也在一定程度上保证了其具有归还案款的可能性。另外，由于主要领导的管控，胡某主要是起到管理该笔钱款的作用，其在客观上不可能将该笔资金据为己有。而在经过人民检察院传唤后，胡某将案款全额退还的行为，也反映出其主观上仅具有使用该笔款项的故意，因此，对胡某的行为做出挪用公款罪的定性，符合我国刑法罪刑法定的基本原则。

编写人：云南省文山市人民法院　陈浩

75

挪用公物的变价款是否构成挪用公款罪

——马某挪用公款案

【案件基本信息】

1. 判决书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中刑终字第4465号刑事裁定书

2. 案由：挪用公款罪

【基本案情】

2004年，马某从北京市物资局下属的金属材料公司办理内退手续。2005年，马某出资入股北京德利恒源商贸有限公司（以下简称德利恒源公司），后受该公司法定代表人的委托全面负责德利恒源公司的经营。2007年7月，马某接受返聘，到北京市物资局下属另外一家国有企业——北京市机电设备总公司机械设备公司（以下简称机械公司）担任钢材部负责人，主要工作职责为负责钢材货物货源的调拨、采购等销售工作、货款结算事宜及应收账款的清收工作等。

2008年5月至7月，机械公司向德利恒源公司赊销一批价值人民币1270000元的钢材。德利恒源公司将这批钢材销售后，在2008年9月底前确认货款全部收回，总计131万元。马某作为德利恒源公司的股东，考虑到该公司流动资金紧张，对外负有债务，指示机械公司的业务员把结算单据压一压，机电公司因此无法了解这批钢材的销售情况。后马某用此笔货款偿还了德利恒源公司的其他债务。2009年9月，机械公司经理刘某发现公司账目上尚有一部分钢材库存处于开单未结状态，马某称这批钢材的购买方为建工集团，并让下属开具了虚假的商品销售清单，把德利恒源公司的欠款记在建工集团名下。2010年12月，机械公司准备起诉建工集团偿还欠款，此时，马某承认他将一部分钢材给德利恒源公司的钢材混在之前的销售清单中，并按照刘某的要求书写了一份情况说明，谎称其将德利恒源的钢材销售款错记在建工集团名下，并指使业务员用红票把这笔账进行冲抵。2011年2月，马某在上级部门的催要下，在2011年9月26日以个人资产将挪用的钱款全部还清。

【案件焦点】

马某将钢材销售款用于清偿私企债务，并通过伪造单据的方式隐瞒该笔业务的行为，是否构成挪用公款罪。

【法院裁判要旨】

一审法院认定被告人马某身为国家工作人员，利用职务便利，挪用公款数额巨大，进行营利活动，其行为已构成挪用公款罪，依法应予惩处。北京市石景山区人民检察院指控马某犯挪用公款罪成立。马某在侦查机关立案前已将挪用的公

款全部归还，可对其酌情从轻处罚。鉴于马某自愿认罪，可再对其酌情从轻处罚。据此，判决：

被告人马某犯挪用公款罪，判处有期徒刑六年。

上诉人马某的上诉理由为：其系退休后返聘人员，不符合挪用公款罪的主体要件；其将自己隐瞒钢材销售款的行为如实告知单位领导，应认定其具有自首情节；其向检察机关检举揭发他人的犯罪事实，属于立功。综上，请求法院对其从轻处罚。

北京市第一中级人民法院经审理认为：马某自2008年1月起，任北京市机电设备总公司机械设备公司钢材部副主任，负责本单位钢材货物货源的调拨、采购等销售工作、货款结算事宜及应收账款的清收工作，从其所在的岗位和所承担的工作上看，其显然具有代表国家监督、管理国有财产的职责，属于从事公务，而非不具有职权内容的劳务活动和技术服务工作。因此马某属于国有公司中从事公务的人员，具有监督、管理国有财产的职务便利，根据刑法第九十三条第二项的规定，应以国家工作人员论，符合挪用公款罪的主体要件。同时，马某作为机械公司钢材部的负责人，利用职务便利，为其参股的德利恒源公司谋取利益，在德利恒源公司已将钢材销售款收回的情况下，将该笔本应归还机电公司的货款用于偿还德利恒源公司的债务，后马某为进一步挪用该笔公款，通过指使他人伪造单据的方式隐瞒钱款去向，其行为符合挪用公款罪的构成要件。

综合上述理由，北京市第一中级人民法院认为，被告人马某身为国家工作人员，利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行营利活动，其行为已构成挪用公款罪，且挪用公款数额巨大，情节严重，依法应予惩处。鉴于被告人马某在侦查机关立案前已将挪用的公款全部归还，且自愿认罪，可对其酌情从轻处罚。一审法院根据马某犯罪的事实，犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度所作出的判决，事实清楚，证据确实、充分，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。据此，裁定：

驳回马某的上诉，维持原判。

【法官后语】

在本案的审理过程中，存在两种不同的意见：一种意见认为，被告人马某的行为不能以犯罪论处。理由是：第一，机械公司将钢材卖给德利恒源公司，两公司之

间形成买卖合同关系，后德利恒源公司以自身名义将钢材转卖给其他公司，说明他们之间的买卖合同关系与机械公司无关，因此德利恒源公司在出售钢材后获得的货款不属于机械公司，不是公款。第二，德利恒源公司公司销售钢材后，涉案的1270000元在该公司的账户内，货币作为种类物，所有权以占有为准，后德利恒源公司用其账户内的钱款偿还债务并无不妥之处，在此之后，马某才产生了隐瞒货款、拖延还款的想法，并在客观上付诸实施。马某的上述行为更类似于贪污行为，但是因无法查明其是否具有非法占有目的，且已将涉案款项在立案前全数退回，故亦不能以贪污罪论处。

另一种意见认为，国有性质的机电公司用公款购买钢材后，向德利恒源公司赊销，德利恒源公司的钢材销售款应归还机电公司，故该款属于公款性质。机械公司对于货物赊销后货款结账的时间有所规定，马某在明知这一规定的情况下，挪用钢材销售款偿还德利恒源公司债务。因此，被告人马某的行为符合挪用公款罪的特征。

我们赞成第二种意见，即本案的犯罪对象为涉案钢材，该批钢材系公物，马某将公物的变卖款归个人使用的行为，从本质上讲，与一般的挪用公款行为并无二致，应以挪用公款罪论处。理由如下：

第一，在本案中，机械公司与德利恒源公司采取赊销方式销售钢材。所谓赊销，是指商品发出后所有权发生了转移，中间商拥有商品的所有权，承担向供货商付款的责任，供货商随即拥有向中间商收款的权利，在供货商的财务账上相应产生了应收账款。从常理而言，德利恒源公司有权使用其公司账户的资金，包括钢材销售款。但是本案的特殊性在于，马某具有国企负责人和私企实际控制人的双重身份，从民法角度上，这种情形属于“双方代理”或“共同代理”。在交易中，当事人双方的利益总是互相冲突的，通过讨价还价，才能使双方的利益达到平衡。而由同一个人代表双方利益，可能会只反映了单方的意志，难免顾此失彼。由于双方代理不符合代理权的基本原则，有可能会引发道德风险，所以各国法律一般予以禁止。但是我国法律并没有明确禁止，如果双方代理事先得到了双方当事人的同意或事后得到了其追认，法律承认其效力。马某私自截留货款的行为，明显违背了机械公司的利益，事先没有得到同意，事后也没有得到追认，因此德利恒源公司与机械公司之间的该笔钢材生意应认定为无效，钢材的所有权仍然属于机械公司。鉴于德利恒源公司已经将钢材予以出售，机械公司对于钢材的变价款享有所有权。

第二，机械公司提供的相关资料显示，该公司对于对外赊销业务有明确规定，德利恒源公司赊销其他钢材时，马某均能够遵守相关规定，及时结清货款，这说明他对于赊销钢材后何时结回货款的规定是明知的。马某私自截留钢材销售款用于偿还德利恒源公司债务的行为，符合刑法及司法解释中挪用公款“归个人使用”的情形。马某为了应付机械公司上级领导的质询，通过开具虚假的商品销售清单的方式将该笔货款记在其他公司名下，但是从财务手续上看，该笔钢材并未平账，马某深知此事迟早暴露，不可能一直隐瞒下去，后在公司领导的催问下交待了实情，并以自己的财产清偿了全部债务，上述事实说明马某主观上没有非法占有货款的故意，不符合贪污罪的主观要件。

编写人：北京市第一中级人民法院　吴迪

76

行贿系列罪中“不正当利益”的认定

——太原铁路局侯马北机务段介休经营公司、杜某对单位行贿案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山西省临汾铁路运输法院（2012）临铁刑初字第13号刑事判决书

2. 案由：对单位行贿罪

【基本案情】

被告单位介休经营公司系国有企业，被告人杜某系该公司经理、法定代表人。2003年，被告人杜某明知中铁某局运输工程分公司材料厂（以下简称材料厂）不具备成品油批发资格，但为了谋取单位利益，经与公司其他领导协商后，与时任材料厂厂长王某违规达成了柴油供应服务协议。协议约定由王某代表材料厂提供柴油，介休经营公司需按每吨100元左右的标准支付服务费。2003年12月至2008年4月间，材料厂先后多次将计划内的铁道专项用柴油共计19039.375吨，以明显低

于市场的价格违规出售给介休经营公司，介休经营公司亦按照约定，除支付柴油款和运费外，以现金支付和银行转账的方式，给予材料厂人民币1950698元。

被告单位介休经营公司的诉讼代表人及辩护人、被告人杜某及其辩护人均辩称，介休经营公司通过材料厂向具备成品油批发资格的中国铁路物资北京公司、天津公司购进柴油并支付服务费的行为是正当的市场经营行为，并未谋取不正当利益，且购油过程账目清楚，手续完备，符合相关法律规定，故被告单位及被告人不构成单位行贿罪。

【案件焦点】

"不正当利益"认定所应遵循的原则。

【法院裁判要旨】

临汾铁路运输法院于2012年11月21日以（2012）临铁刑初字第13号刑事判决，认定被告单位太原铁路局侯马北机务段介休经营公司为谋取不正当利益，给予国家出资企业中铁三局集团有限公司运输工程分公司材料厂人民币1950698元，其行为已构成对单位行贿罪，判处罚金人民币2200000元。被告人杜某作为单位的法定代表人，是单位实施行贿犯罪直接负责的主管人员，亦构成对单位行贿罪，免予刑事处罚。一审宣判后，被告单位介休经营公司及被告人杜某均未提出上诉。

【法官后语】

临汾铁路运输法院认为，行贿犯罪所包含的行贿罪、对单位行贿罪、单位行贿罪等系列罪名均以"谋取不正当利益"作为其犯罪构成要件。行贿系列罪名的认定难点之一就在于"不正当利益"应如何认定。在本案中，认定被告单位及被告人谋取"不正当利益"的具体理由如下：

1. "不正当利益"的定义及认定原则

关于"不正当利益"的定义，最早明确规定于1999年3月14日的最高人民法院、最高人民检察院《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处行贿犯罪分子的通知》（以下简称《通知》）中。该《通知》指出："谋取不正当利益"是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助

或者方便条件。2012年12月26日，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条规定，“行贿犯罪中的谋取不正当利益，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件。违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，谋取竞争优势的，应当认定为谋取不正当利益”。

从上述规定，我们可以看出，“不正当利益”的认定应遵循两个原则。一是合法原则。即违反法律的规定而获得的利益是“不正当利益”。这里的法律是广义的，包括法律、行政法规、地方性法规、部门规章等规范性文件。二是公平、公正原则。即以不公平的方式、方法取得竞争优势，排斥其他主体的参与，从而获得尚不确定的利益，亦应认定为“不正当利益”。

2. 介休经营公司从材料厂处购买铁路专项燃油后所获利益应认定为“不正当利益”

首先，国家对于成品油市场销售以及铁道专项用油均有着明确的规定。1997年国家计划发展委员会《关于铁道、交通等部门专项用油供应办法和供应价格的通知》中规定，铁道专项用油由石油、石化两集团公司按计划从炼厂直接交货，供油价格在国家核定的供军队用油出厂价基础上由供需双方协商确定，上浮幅度不超过5%。2004年12月2日商务部制定的《成品油市场管理暂行办法》及2007年1月1日商务部施行的《成品油市场管理办法》规定，专项用油应当按照国家规定的用量、用项及供应范围使用，不得对外销售；成品油零售企业应当从具有成品油批发经营资格的企业购进成品油。2004年至2008年国家发展改革委员会关于成品油价格调整文件显示，铁道专项用油的供应价格要远低于同期市场批发价格及零售价格。

其次，介休经营公司购买铁道专项用油并用于市场销售获利的行为已违反国家法律规定。在本案中，材料厂本身并不具备成品油批发资质，所提供的铁道专项用柴油价格也明显低于市场批发价格，介休经营公司作为一个成品油零售企业，明知道这些情况，但为了谋取更大的市场利益，仍以给予贿赂的方式，通过材料厂购进铁道专项用柴油并用于市场零售。以2004年5月19日为例，介休经营公司从材料厂处购得的0#铁道专项用柴油的价格为2603.4元/吨，山西省同期0#柴油市场批

发价格为3684元/吨，两者之间的差价为1080元，而山西省同期市场零售的价格则为3899元/吨。可以看出，介休经营公司从不具备成品油批发资质的企业低价购进铁道专项用柴油的行为，明显违反了前述国家关于成品油市场管理的相关规定，且将违法购进的低价铁道专项用油用于市场零售，在市场中取得竞争优势，损害了其他市场主体的利益，也明显违反了公平、公正原则，故其所获得的不正当差价及市场销售利润均应认定为“不正当利益”。

再次，签订协议，索要发票并予以相应记载的行为并不影响对“不正当利益”的认定。介休经营公司作为一个国有公司，在经营过程中，必然要接受相关部门必要的资金、账目审查，故签订协议、索要发票并记入财务账目既是基于自身资金、账目管理的需要，也是一个公司所要遵循的一个市场基本规则。换而言之，无论介休经营公司是否签订协议、是否索要发票并予以相应记载，都不会影响对其以行贿手段低价购买铁道专项用油行为的认定，也不会影响对其所获利益违反国家法律性质的认定。

综上，介休经营公司与材料厂的柴油交易中存在着“不正当利益”，其以行贿手段低价购进铁道专项用油所获得的差价及市场销售利润均应认定为“不正当利益”。故被告单位介休经营公司与被告人杜某的行为均应构成对单位行贿罪。

编写人：山西省临汾铁路运输法院　李冬青

十二、渎职罪

77

不正确履行领导职责构成玩忽职守罪

——申某玩忽职守、受贿案

【案件基本信息】

1. 判决书字号

云南省曲靖市中级人民法院（2012）曲中刑初字第149号刑事判决书

2. 案由：玩忽职守罪、受贿罪

【基本案情】

1. 被告人申某作为分管师宗县煤炭工业局、师宗县煤炭安全监督管理局的副县长，不认真履行职责，对师宗县私庄煤矿违法生产情形未组织相关部门采取有效措施予以整治，尤其是在2011年6月8日，申某收到云南省煤矿安全监察局曲靖分局发给师宗县政府的《煤矿安全监督预警书》后，未正确履行职责，对存在问题的煤矿进行督促检查、整改落实。在得知私庄煤矿《安全生产许可证》被暂扣仍存在违规违法生产行为，未进行实地检查督促，并未按有关规定，及时组织有关部门、采取措施将私庄煤矿关闭，最终导致2011年11月10日6时19分师宗县私庄煤矿发生特别重大煤与瓦斯突出事故，造成43人死亡。直接经济损失3970万元。

2. 被告人申某于2011年7月的一天接受师宗焦化有限责任公司黎俊为其存款20万人民币，事后积极批转请示、协调、安排该公司奖励兑现事宜；于2010年春节前至2011年中秋节期间先后收受王某人民币12万元，并为积极协调、安排他人

或部门办理请托事宜；于2011年春节前的一天，收受师宗县私庄煤矿法人代表梁某人民币1万元。

【案件焦点】

申某对私庄煤矿的违法生产问题负有何种职责，是否正确履行该职责，是否构成玩忽职守罪。

【法院裁判要旨】

云南省曲靖市中级人民法院经审理认为：被告人申某在工作中得知师宗县私庄煤矿是煤与瓦斯突出矿井，因防突出措施不符合规定要求，安全生产许可证被暂扣、被责令停产整顿期间违法违规生产，不严肃认真地对待、责成监管职能部门提请政府决定关闭，而仅作一般性的工作指导，属于不正确履行职务，并导致了特别严重的后果发生，致使人民利益遭受特别重大的损失，其行为已构成玩忽职守罪。其还利用职务上的便利，非法收受他人人民币33万元，为他人谋取利益，其行为构成受贿罪。依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（一）项、第三百九十七条第一款、第六十九条、第六十七条第一款、第三款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人申某犯受贿罪，判处有期徒刑六年，并处没收个人财产人民币100000元；犯玩忽职守罪，判处有期徒刑四年，决定执行有期徒刑九年，并处没收个人财产人民币100000元。

二、违法所得人民币330000元依法予以没收，由扣押机关上交国库。

【法官后语】

本案中，要确定申某是否构成玩忽职守罪须明确三问题：

1. 申某对私庄煤矿的违法生产问题负有何种职责

私庄煤矿发生“11.10”特大煤与瓦斯突出事故的根本原因是，该矿的违规违法生产行为未得到及时有效制止——责令立即停产、关闭。《煤矿隐患排查和整顿关闭实施办法（试行）》第三条规定，对煤矿的重大隐患和违法行负有检查查处职责的是县级以上地方人民政府负责煤矿安全生产监督管理的部门；第十九条第（四）项规定，责令停产整顿后擅自进行生产的；无视政府安全监管，拒不进行整

顿或者停而不整、明停暗采的，负责煤矿有关证照颁发的部门应当责令该煤矿立即停止生产，提请县级以上地方人民政府予以关闭，并可以向上一级地方人民政府报告。《国务院关于预防煤矿生产安全事故的特别规定》第十一条第三款规定，被责令停产整顿的煤矿擅自从事生产的，县级以上地方人民政府负责煤矿安全生产监督管理的部门、煤矿安全监察机构应当提请有关地方人民政府予以关闭。根据上述规定，对私庄煤矿《安全生产许可证》被暂扣仍违规违法生产的行为的制止，是师宗县煤炭工业局、煤监局的职责。被告人申某是分管负责煤矿安全生产监督管理的部门——煤炭工业局、煤监局的副县长，其职责范围是，解决煤矿安全工作中的突出、重大问题。其对制止违规违法生产行为负有领导职责。

2. 申某是否正确履行了领导职责

申某是分管负责煤矿安全生产监督管理的部门的副县长，其职责范围是，领导监督解决煤矿安全工作中的突出、重大问题。申某收到云南省煤矿安全监察局曲靖分局发给师宗县政府的《煤矿安全监督预警书》，载明部分煤矿存在违法违规生产行为，申某应当将该问题作为煤矿安全工作中的突出、重大问题督促煤矿安全生产监督管理的部门落实整改，2011 年 7 月 20 日申某参加了师宗大舍煤管所会议。会议上，相关部门汇报了私庄煤矿安全生产许可证被暂扣，但仍存在偷采现象，煤矿调运量达 2000 吨/日，煤炭局局长周某提出要突击检查偷采，坚决制止、关停。被告人申某只是笼统的从政策方面作出了一些要求和指导，没有明确要求煤监局等职能部门查明情况及原因，提请政府予以关闭。煤炭产业是师宗县财政收入的重要来源，申某在知道私庄煤矿存在严重违法生产且煤炭局局长提出要制止、关停的前提下，仍未明确要求关停，必然导致相关部门理解为领导不主张制止、关停，结果也如此，师宗县煤监局等职能部门对私庄煤矿违法生产行为并未采取任何有效措施以予制止。可见，申某在该问题上未正确履行领导职责，存在领导监督上的过失，并且该过失行为直接导致了煤监局等职能部门怠于履行监管职责，最终导致“11.10”特大煤与瓦斯突出事故的发生。

3. 申某未正确履行领导职责是否构成玩忽职守罪

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或者不认真履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。主观构成要件是过失，在许多场合，行为人主观上是一种监督过失，主要表现为应当监督直接责任者却没

有实施监督行为，导致了结果发生；或者应当确立完备的安全体制、管理体制，却没有确立这种体制，导致了结果发生。申某未正确履行领导职责，存在领导监督上的过失，并且该过失行为直接导致了煤监局等职能部门怠于履行监管职责，最终导致“11.10”特大煤与瓦斯突出事故的发生，完全符合玩忽职守罪构成要件。曲靖中院认定申某上述行为构成忽职守罪，完全符合立法的本意和导向，2012年12月7公布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》第五条规定就体现了这一执法理念。

编写人：云南省曲靖市中级人民法院　孙尉玲

中国法院 2012、2013 年度案例系列

国家法官学院案例开发研究中心　编

简便易用、权威实用——打造“好读有用”的案例

1. 权威的作者：国家法官学院案例开发研究中心持续 20 年编辑了享誉海内外的《中国审判案例要览》丛书，2012 年起推出《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。

2. 强大的规模：2012、2013 年各推出 15 本，含传统和新近的所有热点纠纷，所有案例均是从全国各地法院收集到的上一年度审结的近万件典型案例中挑选出来的，具有广泛的选编基础和较强的代表性。

3. 独特的内容：不再有繁杂的案情，高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点问题。不再有冗长的分析，主审法官撰写“法官后语”，展现裁判思路方法。

中国法院 2012 年度案例系列

中国法院 2013 年度案例系列



1. 婚姻家庭与继承纠纷
2. 物权纠纷
3. 土地纠纷（含林地纠纷）
4. 房屋买卖合同纠纷
5. 合同纠纷
6. 买卖合同纠纷
7. 借款担保纠纷
8. 民间借贷纠纷
9. 侵权赔偿纠纷
10. 道路交通纠纷
11. 雇员受害赔偿纠纷（含帮工受害纠纷）
12. 人格权纠纷（含生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉权纠纷）
13. 劳动纠纷（含社会保险纠纷）
14. 公司纠纷
15. 保险纠纷



最高人民法院指导性案例理解与适用系列

最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用系列	书号	定价
担保卷	978-7-5093-2973-3	98元
公司卷	978-7-5093-3476-8	128元
合同卷一（合同原则、履行、解除、违约责任）	978-7-5093-3806-3	98元
合同卷二（合同订立、效力、解释、变更与转让、时效、管辖）	978-7-5093-3805-6	98元
劳动争议卷	978-7-5093-4395-1	58元
婚姻家庭卷	978-7-5093-4394-4	50元
房地产卷	978-7-5093-4393-7	98元

最高人民法院知识产权系列图书

书　名	书号	定价
最高人民法院知识产权审判案例指导（第一辑）	978-7-5093-1894-2	48元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第二辑）	978-7-5093-1895-9	78元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第三辑）	978-7-5093-2804-0	78元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第四辑）	978-7-5093-3692-2	78元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第五辑）	978-7-5093-4556-6	88元
中国知识产权指导案例评注（上下卷）	978-7-5093-2591-9	188元
中国知识产权指导案例评注（第三辑）	978-7-5093-3279-5	98元
中国知识产权指导案例评注（第四辑）	978-7-5093-4396-8	98元
最高人民法院知识产权司法解释理解与适用	978-7-5093-3603-8	58元
商业秘密司法保护实务	978-7-5093-3422-5	98元
商标法适用的基本问题	978-7-5093-3970-1	68元
知识产权法律适用的基本问题	978-7-5093-4207-7	168元
知识产权保护的新思维	978-7-5093-4738-6	98元

最高人民法院商事审判指导案例系列

最高人民法院商事审判指导案例系列丛书	书号	定价
1. 合同卷（上下）	978-7-5093-2443-1	168.00
2. 借款担保卷（上下）	978-7-5093-2440-0	188.00
3. 公司卷	978-7-5093-2444-8	98.00
4. 金融卷	978-7-5093-2449-3	88.00
5. 第五卷（上下）	978-7-5093-2803-3	168.00
6. 合同与借贷担保卷	978-7-5093-4029-5	98.00
7. 公司与金融卷	978-7-5093-4028-8	128.00